

Violencia doméstica y venta de cosa ajena

- ❖ Violencia doméstica e venda de cousa allea.
- ❖ Domestic Violence and the sale of alien properties.

Autora: Cernadas Lado, Andrea.

Dir.: Rodríguez Montero, Ramón.

Grado en Derecho

2016

Índice

I.	Abreviaturas.....	4
II.	Supuesto de hecho.....	5
III.	La ausencia.	
	1. Legislación aplicable.....	7
	2. Concepto de ausencia.....	7
	3. La declaración de fallecimiento.	
	5.1 Concepto y presupuestos.....	8
	5.2 Regulación procedimental.....	9
	5.3 Efectos sobre el matrimonio y consecuencias de la reaparición del cónyuge declarado fallecido.	
	5.3.1 Efectos en el ámbito civil.....	10
	5.3.2 Efectos en el ámbito del derecho canónico.....	12
	5.4 Efectos sobre la esfera patrimonial del declarado fallecido.	
	5.4.1 Apertura de la sucesión.....	13
	5.4.2 Consecuencias de la reaparición del declarado fallecido.....	13
	5.4.3 Venta de los inmuebles por el heredero.....	15
IV.	El homicidio y sus formas.	
	1. Concepto y requisitos del homicidio.....	16
	2. El asesinato: concepto y circunstancias características.....	18
V.	Las intervenciones telefónicas.	
	1. Regulación y concepto.....	21
	2. Principios rectores y requisitos de la intervención.....	22
	3. Descubrimientos o hallazgos casuales.....	23
VI.	La violencia de género y la violencia doméstica.	
	1. Evolución legislativa.....	25
	2. Concepto de violencia doméstica y de género.....	25
	3. Análisis del art. 153 CP: las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género.....	26
	4. Análisis del art. 173.2 CP: la violencia habitual en el ámbito familiar.....	30
	5. La orden de alejamiento.....	32
VII.	Conclusiones.	
	1. Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial. Determinar las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste.....	35
	2. Determinar las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, y determinar la validez de las escuchas telefónicas.....	36
	3. Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y contra Elisa, así como la vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María.....	39
	4. Examinar la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo, con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam. Especificar qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado.....	43
VIII.	Bibliografía.....	46
IX.	Orden cronológico de las disposiciones citadas.....	48
X.	Jurisprudencia.....	49

XI. Anexos.

1. Formulario de solicitud de declaración de fallecimiento.....	51
2. Formulario de revocación de la declaración de fallecimiento.....	54
3. Formulario de acceso a las grabaciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas interceptadas.....	56
4. Formulario de transcripción judicial de las conversaciones telefónicas y telemáticas interceptadas.....	57
5. Clasificación de la violencia según el sujeto activo.....	58
6. Medidas urgentes de coordinación aprobadas por el Gobierno para reforzar las medidas ya existentes en el diseño original del la LOPIVG y cuya aplicación estaba prevista para los años 2006-2007.....	59
7. Modelo de solicitud de orden de protección.....	61
8. Instrucción nº 5/2008, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se modifica el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la LO 1/2004 y su comunicación a los Órganos Judiciales y al Ministerio Fiscal..	67
9. Protocolo de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género.....	72
10. Correo electrónico Subdirectora Oficina Caixabank: disponibilidad sobre cuenta bancaria.....	78

I. Abreviaturas.

AP	Audiencia Provincia.
AAP/ATS	Auto de la Audiencia Provincial / Auto del Tribunal Supremo.
AAVV	Autores varios.
Art./ Arts.	Artículo / Artículos.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil, de 24 de julio de 1889.
CE	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.
CFGE	Circular de la Fiscalía General del Estado.
CP	Código Penal, de 23 de noviembre de 1995.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
DUDH	Declaración Universal Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.
FJ	Fundamento jurídico.
LH	Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000.
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882.
LRC	Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957.
LO	Ley Orgánica.
LOPVG	Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.
RH	Reglamento Hipotecario, de 14 de febrero de 1947.
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RRC	Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
TC / STC	Tribunal Constitucional / Sentencia del Tribunal Constitucional.
TEDH/ STEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TS / STS	Tribunal Supremo / Sentencia del Tribunal Supremo.

II. Supuesto de hecho.

VIOLENCIA DOMESTICA Y VENTA DE COSA AJENA

Manolo y María, de 40 y 37 años respectivamente, contraen matrimonio el 26 de marzo de 1996. El 30 de junio de 2007, realizan un viaje en barco, en el cual se produce un accidente del cual sólo consigue regresar María. Debido a la desaparición de Manolo, y a la consecuente declaración de fallecimiento tiempo después, María contra segundas nupcias con Marcial el 17 de agosto de 2009.

Marcial, el nuevo marido de María, es investigado por un delito de tráfico de drogas. En dicha investigación, se realizan una serie de escuchas a través de intervenciones telefónicas, en las cuales, se escucha claramente cómo María, le cuenta telefónicamente a Sara, que sufre una gran ansiedad y pesadillas fruto del presunto accidente de barco en el cual Manolo desaparece. En esta conversación, María relata cómo Manolo le confiesa a María su intención de terminar con el matrimonio, ya que éste había conocido a otra persona. En ese momento María, ante una inmensa sensación de ira y obcecación, golpea fuertemente a Manolo en la cabeza y lo tira por la borda del barco. A través y con motivo de dichas escuchas, María es acusada de asesinato.

Durante el matrimonio de Marcial y María, ésta recibe varias palizas de su marido, además de un continuo maltrato psicológico. La primera de las agresiones se produce en enero de 2010, cuando Marcial llega a casa después de trabajar y María se encuentra hablando por teléfono con un amigo de ésta, despertando un ataque de celos de Marcial, que le propina un fuerte golpe en la cara que le produce un importante derrame en el ojo derecho. En otra ocasión, ya en el mes de marzo, María decide ir a cenar con unas amigas y, durante la cena, recibe tres llamadas telefónicas de Marcial, que le increpa para que regrese a casa, hablándole violentamente; cuando ésta finalmente vuelve a casa, Marcial le propina dos puñetazos en la barriga.

En el mes de abril de 2010, nace Elisa, hija de María y Marcial, y los comportamientos violentos de Marcial hacia María continúan. El 29 de septiembre de 2012, tras una violenta agresión de Marcial, María ingresa en el hospital, donde permanece hasta el 12 de diciembre del mismo año, teniendo que ser intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y bazo, así como presentando cicatrices en la cara derivadas de los golpes. Debido al profundo miedo que María tiene a que Marcial pueda hacerle más daño, decide denunciarlo, solicitando asimismo una orden de alejamiento.

No obstante, en el mes de diciembre de 2012 Marcial regresa a casa, retomando la convivencia con María, y pese a que la orden de alejamiento sigue vigente. En la madrugada del 12 de octubre de 2013, Marcial, en un estado muy alterado, le propina tres golpes en el estómago a María, y además, le da un puñetazo a su hija Elisa, provocando un importante derrame en el ojo derecho. Ante esta situación, María llama a la policía y ambas son llevadas al hospital, donde María requiere de sedación debido a la profunda e incontrolable ansiedad que padece, que le produce un infarto al corazón. La policía le realiza una prueba de alcohol y drogas, dando éste positivo en cocaína, y dando en el caso del alcohol una tasa de 0,75 ml en aire espirado. Cabe mencionar en este punto que Marcial es una persona drogo dependiente y que, tras este último suceso, decide voluntariamente ingresar en una clínica con expresa voluntad de desintoxicarse, intentando reparar el daño causado.

El 3 de enero de 2014, Manolo reaparece, y se encuentra en la situación de que María, como heredera universal de Manolo, ha vendido la casa que éstos tenían en común al 50% a Eustaquio, por 240.000€. Por otro lado, ha vendido asimismo un piso que Manolo poseía de manera privativa en la costa de Coruña, valorada en 250.000€, pero que sólo se ha vendido por 175.000€, a una amiga suya de la infancia llamada Miriam. Además, ambos eran titulares de una cuenta de 65.000€ en Abanca, que en el momento de la reaparición cuenta tan sólo con 15.000€. Debido a lo sucedido y ante tal situación, Manolo decide emprender medidas legales destinadas a recuperar sus bienes y a ejercitar las medidas pertinentes contra María.

Cuestiones a analizar:

- 1. Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial. Determinar las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste.**
- 2. Determinar las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, y determinar la validez de las escuchas telefónicas.**
- 3. Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y contra Elisa, así como la vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María.**
- 4. Examinar la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo, con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam. Especificar qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado.**

III. La ausencia.

1. Legislación aplicable.

En la actualidad los supuestos en los que procede la declaración de fallecimiento se encuentran enumerados en los arts. 193 y 194 CC, habiendo sido reformados por la Disposición Final 1ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 23 de julio de 2015; además, su regulación procedimental se contempla en los arts. 67 a 77 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Sin embargo, en el momento en que ocurrieron los hechos, es decir, 30 de junio de 2007, y en el momento de la declaración de fallecimiento, la ley vigente era la redacción dada al art. 194 CC por la Ley 4/2000, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 11 de enero de 2000; y los arts. 2031 a 2047 LEC de 1881.¹ Por lo tanto, dado que lo que determina la aplicación de la ley procesal es el momento de interposición de la demanda, la ley aplicable al caso es el art. 194 CC en su versión redactada por la Ley 4/2000 y los arts. 2031 a 2047 LEC de 1881.

2. Concepto de ausencia.

De lo dispuesto en el art. 181 CC se deduce que se denomina "ausente" a quien desaparezca de su domicilio o del lugar de su última residencia sin haberse tenido en ella más noticias, es decir; además de encontrarse fuera del lugar en que habitualmente desarrolla su vida cotidiana, ha desaparecido sin dejar noticias o comunicarse con sus conocidos y familiares. Por lo tanto, como señala Lasarte², lo fundamental en relación con el ausente es que se desconoce su paradero e incluso si se encuentra vivo, con independencia de que esta situación haya sido provocada por el propio ausente³ o sea consecuencia de cualquier otra eventualidad.⁴

En la práctica, el paradero del ausente o desaparecido no puede constituir una incógnita permanente y sin límite temporal alguno. Por ello, la regulación de la ausencia distingue tres tipos de situaciones: 1.º la defensa del desaparecido (art.181 CC); 2.º la ausencia declarada legalmente (arts. 183 a 192 CC); 3.º la declaración de fallecimiento (arts. 193 a 197 CC). Los autores, entre otros, por ejemplo, Contreras⁵ y Lasarte⁶, en base a los arts. 2040 y 2042 LEC, consideran que son situaciones independientes y no necesariamente consecutivas, ya que cada una de ellas atiende a problemas distintos y, en consecuencia, conllevan medidas diferentes⁷. Es preciso aclarar que, de conformidad

¹ Esta ley ha sido derogada por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil; no obstante, dicha ley deja vigente, conforme a su Disposición Derogatoria Única 1ª, el Libro III, regulador de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, hasta la entrada en vigor de la correspondiente Ley de Jurisdicción Voluntaria. FJ 1º AAP Barcelona 16/10/2003 [JUR\2003\264850]: declara la subsistencia de las normas referidas a la jurisdicción voluntaria tras la vigencia de la LEC 1/2000, entendiéndose de aplicación aquellas y remite al procedimiento prefijado en los arts. 2031 y ss. de la LEC 1881 y concordantes del Código Civil.

² Lasarte, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho civil I*. Madrid, Marcial Pons, 2007. Pág. 263.

³ Por ejemplo, en el caso de que abandone su hogar y familia.

⁴ Es el caso, entre otros, de secuestro, asesinato, retención ilícita, etc.

⁵ Contreras, P.: *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*. Madrid, Colex, 2008. Pág. 513.

⁶ Lasarte, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho civil I*. Madrid, Marcial Pons, 2007. Pág. 267.

⁷ Así se desprende de los siguientes arts. LEC 1881: "si antes de iniciarse el procedimiento para la declaración de ausencia legal se hubiesen adoptado medidas de las comprendidas en los arts. 2033, 2034, 2035 y 2036" (art. 2040); "la declaración del fallecimiento a que se refieren los arts. 193 y 194 CC no requiere la previa declaración de ausencia legal" (art. 2042).

con el art. 2031 LEC, todas las actuaciones procesales a que pueden dar origen las tres situaciones revisten el carácter de actos de jurisdicción voluntaria.

3. La declaración de fallecimiento.

5.1 Concepto y presupuestos.

En virtud de esta declaración se da por muerta a la persona fallecida, aunque realmente no haya garantía de que el ausente haya fallecido, de manera que mediante esta presunción se producen los mismos efectos jurídicos que con la muerte probada. Es decir, la declaración de fallecimiento sirve para probar la muerte, pero no es una prueba de la misma, sino que es una figura sustitutiva de dicha prueba.⁸

En palabras del legislador, "la declaración judicial de fallecimiento es un mecanismo jurídico dirigido a dar seguridad, estabilidad, solución a las cuestiones y problemas administrativos, patrimoniales y económicos que se suscitan en los familiares de los desaparecidos."⁹ En el mismo sentido, Corral Talciani¹⁰ ha definido la declaración de fallecimiento como una situación legal constituida por una resolución judicial sobre una persona cuya existencia se ignora, que posee carácter autónomo¹¹, eficacia erga omnes, de consolidación gradual y vocación de permanencia, y cuya función es la de servir de sustituto de la prueba de la muerte, mientras subsiste la vacilación que la fundamenta.

Para que el Juez pueda declarar fallecida a una persona, le ley tiene encuentra el tiempo transcurrido desde su desaparición, estableciendo plazos más o menos breves en función de determinados datos, tales como la avanzada edad del desaparecido, las circunstancias de peligro en que se ha producido la desaparición, etc.

Los arts. 193 y 194 CC establecen los supuestos en los que procede la declaración de fallecimiento, contemplando el art. 194.2 CC el supuesto referido a la desaparición en el mar. En concreto tal precepto dispone que procede la declaración de fallecimiento cumplidos 3 meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquéllos que se encontrasen a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar. Se presume ocurrido el naufragio si el buque no llega a su destino o si, careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido 6 meses contados desde las últimas noticias recibidas o, a falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puesto inicial del viaje.

Con anterioridad a la ley del año 2000, el plazo que debía transcurrir para que se presumiera ocurrido el naufragio era de tres años y la doctrina discutía si el plazo de tres años absorbía el de dos años o si, por el contrario, el plazo de tres años para la presunción del naufragio se sumaba al de dos para la declaración de fallecimiento. En la

⁸FJ 2º SAP Guipúzcoa 27/04/2006 [JUR\2006\152934]: "las presunciones que establecen los correspondientes preceptos del CC tienen carácter legal. Cuando el juez declara la certeza de la muerte del ausente, partiendo de la declaración de fallecimiento y de las presunciones en las que la misma se sustenta, establece un hecho como cierto y no como probado en base al resultado de la prueba practicada en el procedimiento. La transcendencia de las presunciones legales como mecanismo de obtención de certeza sobre los hechos ha sido reforzada por la reforma de la LEC al señalar su art. 385 que las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a quien dicho hecho favorezca y admiten prueba en contrario."

⁹ Exposición de motivos Ley 4/2000, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros.

¹⁰ Corral Talciani, H.: *La declaración de fallecimiento*. Madrid, Tecnos, 1991. Pág.614.

¹¹ La declaración de fallecimiento posee carácter autónomo puesto que no es identificable ni con la ausencia ni con la muerte natural.

actualidad la doctrina mayoritaria¹² considera que, cuando no haya constancia del naufragio, dada la brevedad de los plazos, lo más razonable consiste en sumar los plazos de tres y seis meses, es decir: deben transcurrir al menos nueve meses desde la desaparición de la embarcación para que pueda instarse la declaración de fallecimiento.

5.2 Regulación procedimental.

En cuanto a la regulación procedimental, la declaración de fallecimiento se seguirá por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria¹³ por los trámites del juicio verbal, tal y como lo establecen los arts. 2031 y 2032 LEC¹⁴. El juez competente para declarar el fallecimiento es el Juez de Primera Instancia del último lugar donde haya residido el ausente durante un año dentro del territorio español y, en su defecto, el del último domicilio¹⁵. Este expediente de jurisdicción voluntaria podrá instarse por parte interesada o por el MF, aportándose todas las pruebas conducentes a la justificación de los requisitos establecidos en los arts. 193 y 194 CC¹⁶. Como señala Guinea Fernández, por parte interesada habrá de entenderse las mencionadas en el art. 182 CC.¹⁷

De conformidad con el art. 2042 LEC, el Juez acordará de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias y ordenará, en todo caso, la publicación de los edictos, dando conocimiento de la existencia del expediente, con intervalo de 15 días, en el BOE, en un periódico de gran circulación de Madrid, en otro de la capital de la provincia en que el ausente hubiera tenido su última residencia o, en su defecto, su último domicilio y por la Radio Nacional. A continuación, si resultan acreditados los requisitos exigidos por los arts. 193 y 194 CC, el Juez dictará auto declarando el fallecimiento¹⁸, el cual se inscribirá de oficio al margen de la inscripción de nacimiento en el Registro Civil¹⁹. Contra este auto, de acuerdo con el art. 2032 LEC, se podrá interponer recurso de apelación que se sustanciará ante las correspondiente Audiencia.

La declaración del fallecimiento supone el cese de la situación de ausencia legal, pero mientras que la misma no se produce, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo que existan investigaciones que prueben lo contrario. Asimismo, el art. 195 CC exige que la declaración de

¹² Así lo han afirmado autores como Contreras, P.: *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*. Madrid, Colex, 2008. Pág. 525. y Guinea Fernández, D. R.: *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. Madrid, La Ley, 2011. Pág. 187.

¹³ Ver anexo 2: formulario de solicitud de declaración de fallecimiento.

¹⁴ Como ya se ha indicado, la declaración de fallecimiento no requiere la previa declaración de ausencia legal (art. 2042 LEC).

¹⁵ El art. 63.24ª de la LEC de 1881, vigente según el párrafo segundo de la regla 1ª, del número 1, de la Disposición Derogatoria Única, establece el criterio de atribución de la competencia judicial en materia de declaración de fallecimiento.

¹⁶ Ver anexo 2: modelo de solicitud declaración de fallecimiento.

¹⁷ STS 07/07/1932: "la declaración judicial de presunción de muerte ha de hacerse a instancia de parte interesada cuya calidad responde a la circunstancia de que el solicitante de dicha declaración sea portador de un interés que de cualquier modo aparezca subordinado al hecho presuntivo de la muerte del ausente; y esto sentado, debe tenerse por suficiente para legitimar activamente aquella pretensión la presencia de un derecho posible sea o no de naturaleza hereditaria." En este sentido, la AP de Madrid, en virtud de auto de 6 de noviembre de 2006 [JUR\2007\165504], estimó que el adquirente de 250 acciones de una SA está legitimado para instar la declaración de fallecimiento de quien fue nombrado Presidente de su Consejo de Administración.

¹⁸ La DGRN, en resolución de 2/06/1996, ha afirmado que no se debe confundir la declaración de fallecimiento contemplada en los arts. 193 y ss. CC con la inscripción de la defunción fuera de plazo prevista en el art. 88 LRC para los casos en que, sabiendo sin duda alguna que la persona ha fallecido, el cadáver, sin embargo, ha desaparecido, o ha sido inhumado antes de la inscripción.

¹⁹ Así lo establecen los arts. 1792 RRC, 25 y 46 LRC.

fallecimiento exprese la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, de conformidad con los arts. 193 y 194 CC, salvo prueba en contrario.²⁰

De acuerdo con el art. 2044 LEC, si durante la sustanciación del procedimiento para la declaración de fallecimiento se comprueba la muerte del desaparecido, se sobreseerá el expediente²¹ y quedarán sin efecto las resoluciones que se hubieran dictado. Por el contrario, si el Juez ya ha dictado el correspondiente auto declarando el fallecimiento del ausente y éste se presenta, se procederá a la plena identificación de la persona y a la práctica de las pruebas propuestas en su caso por el MF y las partes, dejando sin efecto el auto de declaración de fallecimiento²². Asimismo, como señala el art. 2043 LEC, también puede suceder que, aunque la persona declarada fallecida no se presente, se tuvieran noticias de su supuesta existencia en paradero conocido. Si ello sucede, se notificará personalmente al presunto interesado el auto de declaración de fallecimiento requiriéndole para que aporte las pruebas de su identidad; y, las aporte o no, el Juez, con intervención del MF y las partes, previa la práctica de las pruebas propuestas por éstas y acordadas de oficio, dictará auto resolviendo lo procedente²³.

5.3 Efectos sobre el matrimonio y consecuencias de la reaparición de la reaparición del cónyuge declarado fallecido.

5.3.1 Efectos en el ámbito civil.

En 1981 se produjo una modificación de la regulación matrimonial en el Código Civil, pero, hasta ese momento, el art. 85 CC establecía que "el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges". Asimismo, el art. 195 párrafo 3º CC afirmaba que "la declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio".

La interpretación del derogado art. 195.3º CC fue problemática y discutida por la doctrina, puesto que se dudaba si el legislador lo que quería establecer era que el matrimonio sólo se disolvía por la muerte y si cabía la posibilidad de contraer nuevas nupcias con la concurrencia de algún complemento especial en caso de declaración de fallecimiento. Algunos autores, como por ejemplo De Castro y Bravo²⁴, sostuvieron una postura conservadora y, a la vez, restrictiva, y defendieron que la declaración de fallecimiento no disolvía el vínculo matrimonial ni autorizaba a contraer segundas nupcias. Otros, como Corral Talciani²⁵, sostuvieron una postura más flexible y afirmaron que el art. 195.3º CC no contenía un condicionamiento para que la

²⁰ La fijación de la fecha del fallecimiento del desaparecido es decisiva, por ejemplo, para determinar quiénes son sus herederos. La doctrina mayoritaria considera que, en los supuestos de desaparición prolongada, lo más razonable es situar la fecha de la muerte en el día siguiente de la terminación del plazo establecido por la ley.

²¹ Ver anexo 3: modelo de solicitud de revocación de la declaración de fallecimiento.

²² La RDGRN de 18/09/1993 ha afirmado que, firme la resolución, si se presenta con vida el declarado fallecido, se incoarán las actuaciones judiciales previstas en el art. 2043 LEC, pero no es bastante un expediente registral para obtener la cancelación de la inscripción marginal efectuada.

²³ FJ 1º SAP Oviedo 06/06/2003 [JUR\2003\268479]: "aunque el art. 2043 LEC prevé un procedimiento de jurisdicción voluntaria para dejar sin efecto la declaración de fallecimiento, nada obsta para que tal pronunciamiento se pueda efectuar a través del juicio ordinario, debiendo señalar que para dejar sin efecto el auto de declaración de fallecimiento basta que la persona declarada fallecida se presente o bien, si no se presentase, que se tuvieran noticias de su existencia y se practique prueba acreditativa de tal extremo."

²⁴ De Castro y Bravo F.: *Derecho Civil de España*. Tomo II. Madrid, Civitas Ediciones, 2008. Págs. 551 y 552.

²⁵ Corral Talciani, H.: *La declaración de fallecimiento*. Madrid, Tecnos, 1991. Pág.279.

declaración de fallecimiento pudiera tener eficacia disolutoria, sino una limitación²⁶ de la presunción de muerte respecto a la posibilidad de contraer nuevas nupcias por el cónyuge presente. No obstante, la doctrina mayoritaria consideraba que la declaración de fallecimiento provocaba el resultado de que el cónyuge del declarado fallecido quedaba oficialmente viudo pero, sin embargo, no contaba con libertad para volver a contraer matrimonio²⁷.

La Ley 30/1981²⁸ dio una nueva redacción al art. 85 CC poniendo fin a la discusión doctrinal y quedando redactado en los siguientes términos: "El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio". Esta reforma conllevó, además, la derogación del mencionado párrafo tercero del art. 195 CC, de manera que ya no se exige complemento alguno para que el cónyuge presente pueda contraer nuevas nupcias. Como ya se ha reiterado, la declaración de fallecimiento es una mera presunción iuris tantum, de manera que no se excluye la posibilidad de supervivencia del declarado fallecido y su posible reaparición, ya sea porque el ausente se presente de nuevo o porque se acredite su existencia. En los casos en los que esto sucede, la doctrina se ha planteado si la reaparición del declarado fallecido provoca la revocación de la disolución del vínculo matrimonial y la invalidez de un ulterior matrimonio contraído por el cónyuge presente.

Ferrer Ortiz²⁹ afirma que, tras la reforma introducida por la Ley de 1981, el declarado fallecido pierde la condición de casado y si reaparece no la recupera, es decir: con la declaración de fallecimiento se disuelve el vínculo matrimonial y este no revive con la reaparición del presunto muerto. En el mismo sentido, Guinea Fernández³⁰ sostiene que la mencionada reforma invita a pensar que el efecto apropiado en caso de que uno de los cónyuges sea declarado fallecido es la disolución irrevocable del vínculo matrimonial, puesto que no parece lógico que sea tan sencillo divorciarse y que, sin embargo, se dude acerca de la disolución absoluta, permanente e irrevocable del matrimonio en caso de declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges. Además, el hecho de que no haya una norma análoga a la contemplada en el art. 197 CC, la cual establece determinados efectos patrimoniales para el caso de que reaparezca el declarado fallecido, y la derogación del art. 195.3 CP supone que el nuevo matrimonio del cónyuge presente es perfectamente válido y eficaz, incluso aunque aparezca el cónyuge declarado fallecido³¹. Lasarte³² defiende que el reaparecido no podrá ser considerado cónyuge de su consorte aunque éste "le haya guardado la ausencia" y no haya contraído segundas nupcias; y, en el caso de que el cónyuge presente tras la firmeza de la declaración de fallecimiento haya contraído un nuevo matrimonio, éste habrá de ser considerado válido

²⁶ Se establece un condicionamiento para la autorización de posteriores nupcias y éste, si la certeza absoluta no puede ser, es el de la certeza moral de la muerte.

²⁷ Lasarte C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*. Madrid, Marcial Pons, 2007. Págs. 275 y 276.

²⁸ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

²⁹ Ferrer Ortiz, J.: *La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho Español*. Ius et Praxis, 2008. Pág. 395.

³⁰ Guinea Fernández D. R.: *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. Madrid, La Ley, 2011. Pág. 338.

³¹ Esta es la solución que adopta el Code Civil francés, el cual establece expresamente en el párrafo 3º de su art. 128 que el cónyuge del ausente puede contraer un nuevo matrimonio; matrimonio que, por aplicación del art. 132, será perfectamente válido y eficaz en cualquier caso, pues "el matrimonio del ausente permanece disuelto, incluso si el juicio declarativo de ausencia ha sido anulado".

³² Lasarte C.: *Derecho de Familia. Principio de Derecho Civil VI*. Madrid, Marcial Pons, 2007. Pág. 121.

a todos los efectos, puesto que el vínculo matrimonial entre el cónyuge presente y el reaparecido quedó disuelto a consecuencia de la declaración de fallecimiento.

No obstante, también puede suceder que el desaparecido, si vive, pretenda contraer un nuevo matrimonio; si ello sucede, el cónyuge declarado fallecido no podrá contraer nuevas nupcias hasta que se revoque la declaración de fallecimiento, puesto que hasta ese momento se le presume muerto.³³

Por último, en relación a la eficacia de la declaración de fallecimiento hay que señalar que, de lo establecido en el art. 85 CC³⁴, se deduce que la declaración de fallecimiento produce la disolución del matrimonio con eficacia ex nunc, es decir, la disolución solo operará una vez que la resolución judicial sea firme, sin que pueda retrotraerse a un momento anterior como, por ejemplo, la fecha establecida por el auto como momento de la muerte³⁵.

5.3.2 Efectos en el ámbito del derecho canónico.

El Código de Derecho Canónico de 1917, recogiendo la doctrina que ya contemplaba la Instrucción Matrimonii vínculo de 1968, trata en su canon 1707 la cuestión relativa a la disolución del matrimonio por muerte presunta en el Derecho canónico. El citado canon dispone que cuando la muerte de un cónyuge no pueda probarse por documento auténtico, eclesiástico o civil, el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo matrimonial antes de que el Obispo diocesano haya emitido la declaración de muerte presunta.

Guinea Fernández³⁶ sostiene que el Derecho canónico permite al cónyuge presente contraer nuevas nupcias en caso de presunción de muerte del cónyuge ausente pero este tendrá una validez condicional, es decir, si el cónyuge presuntamente muerto reaparece, se considera que subsiste el matrimonio anterior y, por lo tanto, el nuevo matrimonio será nulo por impedimento de ligamen. No obstante, es necesario un pronunciamiento judicial con eficacia retroactiva que declare que no ha existido vínculo matrimonial válido.

En virtud del canon 1674 "son hábiles para impugnar el matrimonio: 1º los cónyuges; 2º el promotor de justicia, cuando la nulidad ya se haya divulgado si no es posible o conveniente convalidar el matrimonio". Por lo tanto, si el promotor de la justicia no impugna el matrimonio, el reaparecido no podrá hacer nada.

También puede suceder que se pruebe la muerte del declarado fallecido después de que el cónyuge presente haya contraído nuevas nupcias. En este caso, a pesar de que el matrimonio es contrario al canon 1085³⁷, puede ser convalidado bien por renovación del consentimiento por el cónyuge que conocía la existencia del impedimento una vez que éste ha desaparecido³⁸, o bien por sanación de raíz de acuerdo con el canon 1161.³⁹

³³ Así lo sostiene la mayoría de la doctrina, como, por ejemplo, Guinea Fernández D.R.: *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. Madrid, La ley, 2011. Pág. 339.

³⁴ "El matrimonio se disuelve (...) por la declaración de fallecimiento".

³⁵ Esto tiene una gran importancia práctica, como por ejemplo ocurre en relación a la validez de un matrimonio celebrado antes de que se declare el fallecimiento con fijación de la fecha de la muerte en un momento anterior al mismo, o respecto de la disolución de la sociedad de gananciales.

³⁶ Guinea Fernández D. R.: *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. Madrid, La Ley, 2011. Págs. 321-328.

³⁷ Canon 1085: "atenta inválidamente matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado".

³⁸ De conformidad con el canon 1156; "Para convalidar el matrimonio que es nulo por causa de un impedimento dirimente es necesario que cese el impedimento o se obtenga dispensa del mismo, y que renueve el consentimiento por lo menos el cónyuge que conocía la existencia del impedimento".

³⁹ Canon 1161: "La sanación en la raíz de un matrimonio nulo es la convalidación del mismo, sin que haya de renovarse el consentimiento, concedida por la autoridad competente; y lleva consigo la

5.4 Efectos sobre la esfera patrimonial del declarado fallecido.

5.4.1 Apertura de la sucesión.

El principal efecto de carácter patrimonial de la declaración de fallecimiento es que el patrimonio del desaparecido pasará a los herederos del declarado fallecido⁴⁰, es decir, se abrirá la sucesión del mismo siguiendo las reglas generales en la materia. No obstante, el art. 196 CC establece una serie de límites o cautelas dirigidas a los sucesores para el caso de que reaparezca el fallecido. Éstos son: los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento; en caso de legados, quedarán en suspenso durante un período de cinco años, quedando exceptuados de dicha cautela los denominados legados píos; y los herederos están obligados a formalizar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles que pertenecen al declarado fallecido.

De la literalidad del art. 196 CC se deduce que la declaración de fallecimiento lleva aparejada la apertura de la sucesión; sin embargo ello depende de la voluntad del llamado a heredar, el cual podrá aceptar o repudiar la herencia de manera voluntaria y libre⁴¹.

En cuanto al momento de la apertura de la sucesión, ésta se produce una vez que el auto que declare el fallecimiento adquiera firmeza. La doctrina mayoritaria⁴² sostiene que el citado auto adquiere firmeza desde el momento en que se firma; no obstante, tal firmeza quedará interrumpida en el caso de que se interponga recurso de apelación contra el citado auto.

La doctrina es unánime al considerar que la apertura de la sucesión debe retrotraerse al momento establecido por el auto que declara el fallecimiento como fecha de la muerte, pues así se deduce de una interpretación sistemática de los arts. 195 y 196 CC. Por lo tanto, para determinar el monto del caudal hereditario que corresponderá a los herederos debe retrocederse a la fecha de la muerte que establece el auto que declara el fallecimiento. No obstante, desde la fecha de la desaparición hasta que se produce la declaración de fallecimiento, el patrimonio del declarado fallecido puede haber sido alterado. En relación a este aspecto, la doctrina dominante considera que el patrimonio del causante estará formado por todos los bienes, derechos y obligaciones que tuviera en el momento de la desaparición, pero también por todos aquellos que haya adquirido con posterioridad siempre que se pruebe su existencia⁴³. Por otro lado, también puede suceder que el patrimonio del desaparecido haya disminuido, pues el art. 186 CC declara la validez de las ventas, gravámenes, hipotecas o prendas realizadas por los representantes del declarado ausente y autorizadas por el Juez.

5.4.2 Consecuencias de la reaparición del declarado fallecido.

Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, el art. 197 CC establece que éste recobrará sus bienes en el estado en que se

dispensa del impedimento, si lo hay, y de la forma canónica, si no se observó, así como la retroacción al pasado de los efectos canónicos".

⁴⁰ El art. 89 RH obliga a que, en las inscripciones de bienes realizadas a favor de los herederos del declarado fallecido, se haga constar que quedan sujetos a lo establecido por el art. 196 CC.

⁴¹ De acuerdo con el art. 988 CC; "la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres".

⁴² Serrano y Serrano, I.: *La ausencia*. Madrid, Revista de derecho privado, 1943. Págs. 407 y 408; y Guinea Fernández, D. R.: *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. Madrid, La Ley, 2011. Pág. 267.

⁴³ Así lo recoge Guinea Fernández, D. R.: *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. Madrid, La Ley, 2011. Pág. 271.

encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos, ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto.

Respecto de esta acción de recobro, reconocida por el art. 197 CC, la doctrina ha discutido si es una acción de petición de herencia en sentido propio o una acción reivindicatoria. Si bien es cierto que la naturaleza de la acción de recobro pierde importancia desde una perspectiva procesal, puesto que el actor no está obligado a precisar la acción que quiere ejercitar, la doctrina mayoritaria ha reconocido que, en virtud del derecho contemplado en el art. 197 CC, ni se reclama un patrimonio hereditario, ni la causa de pedir es la mejor titularidad hereditaria, sino que la acción contemplada en el citado precepto es una "acción sui generis" que la ley acuerda al reaparecido para la recuperación de sus bienes.

La doctrina se ha planteado también si el art. 197 CC concede al reaparecido una acción de carácter alternativo o subsidiario, es decir, si se le permite optar entre reclamar el precio y reclamar los bienes adquiridos con su importe, o si el derecho no depende de su voluntad, sino de que efectivamente se hayan adquirido nuevos bienes con el importe de los enajenados. Algunos autores, como por ejemplo Corral Talciani⁴⁴, han defendido que, si con el precio obtenido se han adquirido uno o más bienes identificables, la obligación es alternativa y corresponde al acreedor la facultad de elegir. Sin embargo, la doctrina mayoritaria⁴⁵ considera que la facultad de elección tiene naturaleza subsidiaria, de manera que el reaparecido sólo podrá exigir los bienes que el sucesor haya adquirido con el precio de los bienes vendidos cuando no exista dinero líquido en el patrimonio debido a una inversión posterior.

En cuanto al contenido del derecho que el art. 197 CC reconoce al reaparecido para recuperar sus bienes, del citado precepto se desprende que el derecho a recobrar los bienes se refiere a todo el patrimonio en su conjunto, es decir, cosas, derechos y acciones transmitidos con motivo de la sucesión hereditaria. Dicho artículo afirma además, de forma expresa, que tendrá derecho a recuperar su patrimonio, pero en el estado en que se encuentre. De esta afirmación se derivan las siguientes consecuencias⁴⁶: por un lado, que el reaparecido no deberá abonar los incrementos de valor que haya experimentado su patrimonio, pero tampoco tendrá derecho a reclamar por perjuicios o deterioros padecidos; y, por otro, que los sucesores no deberán abonar rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto, pero tampoco tendrán derecho a que se les indemnice las mejoras realizadas en el patrimonio recibido.

Por lo tanto, cuando no sea posible la recuperación de los bienes, el reaparecido deberá conformarse con recibir el precio obtenido por la venta de dichos bienes y, si ello tampoco fuera posible, los adquiridos con su importe. Con esta regla el legislador ha querido mantener la validez de los negocios jurídicos llevados a cabo por los herederos del declarado fallecido pues, como ha sido el propio ordenamiento jurídico el que ha autorizado a los sucesores a creerse dueños, lo justo es que se limiten los efectos de la revocación de la declaración de fallecimiento y establecer, en general, que el ausente recupere sus bienes en el estado en que se encuentren; de lo contrario, si el reaparecido

⁴⁴ Corral Talciani, H.: *La declaración de fallecimiento*. Madrid, Tecnos, 1991. Pág. 342.

⁴⁵ Guinea Fernández, D. R.: *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. Madrid, La Ley, 2011. Pág. 396.

⁴⁶ Guinea Fernández, D. R.: *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. Madrid, La Ley, 2011. Pág. 388; y, Ogayar y Ayllón: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1985. Pág. 150.

podiera pedir la restitución a terceros adquirientes, éstos quedarían desprotegidos y se vulneraría la buena fe del tercero adquirente. Además, no sería lógico que para la simple declaración de ausencia legal se mantuvieran las adquisiciones hechas en virtud del art. 186.3 CC⁴⁷ y que, sin embargo, se tuvieran que revocar las enajenaciones realizadas por quienes se han convertido en propietarios de los bienes del declarado fallecido por virtud de la ley, y a quienes la misma les ha reconocido la libre disposición de los bienes si es a título oneroso y, tras cinco años, si es a título gratuito.

En relación al régimen de compensación por las pérdidas y deterioros sufridos por la cosa, algunos autores⁴⁸ consideran que la responsabilidad del sucesor, incluso por dolo o culpa grave en el cuidado de los bienes, queda excluida por la protección que otorga la presunción de dominio. En cambio, otros autores⁴⁹ defienden que la limitación de recibir los bienes en el estado en que se encuentren opera en el caso de buena fe del sucesor del declarado fallecido puesto que, en caso de mala fe, el art. 197 CC deviene inaplicable y lo coherente es acudir a la regla del art. 457 CC, según la cual: "el poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo. El poseedor de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo". Por lo tanto, para estos autores la mala fe excluye los beneficios que el art. 197 CC otorga a sus sucesores. Corral Talciani⁵⁰ sostiene que, si incluso al poseedor de buena fe se le hace responsable de las pérdidas y deterioros cuando hubiera actuado con dolo, con mayor razón ha de afirmarse lo mismo respecto de un poseedor al que la ley protege a pesar de su posible mala fe. En consecuencia, si el sucesor, no solo con mala fe, sino con la directa intención de perjudicar al declarado fallecido, es decir, con dolo, deteriora o pierde los bienes, el art. 457 CC debe primar sobre el art. 197 CC.

5.4.3 Venta de los inmuebles por el heredero.

En el caso de que la persona que efectivamente haya heredado los bienes carezca de la condición de heredero, por concurrir, por ejemplo, causa de indignidad, y que enajenado los bienes inmuebles adquiridos en virtud de la sucesión, resulta de aplicación la doctrina del TS en materia de venta de cosa ajena. En aplicación de esta doctrina, para que la compraventa sea válida es necesario que en el momento de la entrega de la cosa el vendedor sea propietario de la misma. En caso contrario, la ley prevé medios extraordinarios de adquisición que permiten mantener la validez de las compraventas: por un lado, el art. 34 LH; y por otro, la prescripción adquisitiva.⁵¹

⁴⁷ Art. 186.3 CC: "los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad reconocida y declarada por el Juez, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida.

⁴⁸ Scaevola, Q. M.: *El Código Civil comentado y coordinado por Ortega y Lorca*, F. Madrid: Ed. Reus, 1942.

⁴⁹ Serrano y Serrano, I.: *La ausencia en el derecho español*. Madrid, Revista de derecho privado, 1943. Págs. 422 y 423; De Castro y Bravo F.: *Derecho Civil de España. Tomo II*. Madrid, Civitas Ediciones, 2008 Pág. 553; Ogayar y Ayllón, T.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1985. Pág. 153; Guinea Fernández, D. R.: *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. Madrid, La Ley, 2011. Pág. 401.

⁵⁰ Corral Talciani, H.: *La declaración de fallecimiento*. Madrid, Tecnos, 1991. Págs. 354 y 355.

⁵¹ Lasarte, C.: *Derecho de Sucesiones*. Madrid, Marcial Pons, 2008. Págs. 39, 40, 313 y 314; AAVV Sánchez Calero, F.J. (coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*. Valencia, Tirant lo blanch, 2009. Págs. 394-397.

IV. El homicidio y sus formas.

1. Concepto y requisitos del homicidio.

De acuerdo con el art. 138 CP *"el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años."*⁵²

En cuanto a los distintos elementos que conforman el tipo delictivo, cabe señalar que son los que a continuación se relacionan; en primer lugar, el bien jurídico protegido en el delito de homicidio es el derecho a la vida, valor proclamado en el art. 15 CE.⁵³ En segundo lugar, el sujeto pasivo y el objeto material del delito coinciden, es decir: el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, el ser humano, y el objeto material es el cuerpo sobre el que recae la conducta típica, el cuerpo humano. Para poder delimitar el objeto material del delito es necesario determinar cuándo comienza la vida humana independiente, distinguiendo así el homicidio del aborto, y cuándo se produce la muerte, diferenciando el homicidio del delito imposible.⁵⁴ Por lo que respecta al comienzo de la vida, la jurisprudencia mayoritaria sostiene que la vida independiente comienza con las primeras manifestaciones del parto que se producen con el inicio del período de dilatación⁵⁵; y, en relación al momento en que se produce la muerte, el criterio dominante es que la muerte tiene lugar con la cesación de la actividad cerebral.⁵⁶ En tercer lugar, la conducta típica consiste en matar a otro mediante la utilización de cualquier medio, modo o procedimiento, incluida la omisión, siempre que no se empleen los medios contemplados en el art. 139 CP, puesto que en este caso estaríamos ante un delito de asesinato. No obstante, para que exista un homicidio en comisión por omisión es necesario que concurren los requisitos establecidos en el art. 11 CP.⁵⁷ En quinto lugar, el elemento subjetivo del tipo está constituido por el dolo, es

⁵² Le reforma del CP del año 2015 introdujo unos supuestos de agravación que imponen la pena superior en grado cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: por la edad o vulnerabilidad de la víctima, por ser subsiguiente a un delito contra la libertad sexual de la víctima, por la pertenencia del autor a un grupo u organización criminal y por ser los hechos constitutivos de atentado.

⁵³ Polaino Navarrete, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, Tecnos, 2010. Pág. 34.

⁵⁴ AAVV González Cussac, J.L. (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo blanch, 2015. Pág. 42.

⁵⁵ FJ 4º STS 29/11/2011 [RJ\2012\1810]: "el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión; en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado; las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, de tal manera que hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión, que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto. El comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto."

⁵⁶ Con la técnica de los trasplantes de órganos la determinación del momento de la muerte ha adquirido gran importancia, lo que ha motivado que el RD 1723/2012, en su art. 9, establezca que el diagnóstico de muerte se establece por la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria (muerte por parada cardiorrespiratoria) o de las funciones encefálicas por coma areactivo de etiología estructural conocida y carácter irreversible (muerte encefálica).

⁵⁷ La jurisprudencia ha calificado como modalidad omisiva los supuestos en los que madre no impide la acción de su compañero respecto de sus hijos (STS 20/01/2002) o en los que los padres testigos de Jehová dejan morir a sus hijos (STS 20/06/1997), si bien con importantes matizaciones en este último supuesto contempladas, entre otras, en la STC 18/07/2002 [RTC\2002\154].

decir: la consciencia y voluntad de realización de una acción dirigida a producir la muerte de otro.⁵⁸

El TS, en reiterada jurisprudencia, ha afirmado que en materia de dolo se distingue entre el dolo directo o de primer grado y el dolo eventual o de segundo grado; y que, en materia de culpa, también se distinguen dos categorías: la culpa consciente y la imprudencia, en sus vertientes leve y grave.⁵⁹

El sujeto activo actúa con dolo directo cuando conoce y quiere los elementos objetivos del tipo delictivo en grado de certeza o seguridad.⁶⁰ Sin embargo, la acreditación del dolo directo normalmente plantea dificultades puesto que, salvo en los casos de confesión del autor, no puede acreditarse a través de una prueba directa, por lo que en estos casos hay que realizar un juicio de inferencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados.⁶¹ En relación al dolo eventual, éste se caracteriza porque el autor, aunque conoce o se representa como probable la producción del resultado dañoso, y siendo consciente del peligro que ha creado y al que somete a la víctima, continúa con la acción sin importarle la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado.⁶² El TS ha afirmado al respecto que, si el autor conocía el peligro jurídicamente desaprobado y si, a pesar de ello, actuó en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que exige la configuración del dolo eventual; así, se admite el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. Por lo tanto, el dolo eventual no se excluye por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor.⁶³

En los casos en que, a la vista de los hechos acreditados, exista duda razonable acerca del *animus necandi* o ánimo de matar del agresor, debe actuar el principio *in dubio pro reo*; en virtud del mismo, en aquellos supuestos en los que no exista prueba de cargo suficiente y válida acerca de la intención del sujeto activo, no se puede optar por la solución más perjudicial para el acusado.⁶⁴

El TS ha declarado que la distinción entre dolo directo y dolo eventual carece de transcendencia a la hora de determinar la responsabilidad criminal, de manera que el dolo eventual es tan reprochable como el dolo directo, puesto que "todas las formas de

⁵⁸ Ragués i Vallés, R.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona, Atelier, 2011. Pág. 32.

⁵⁹ FJ 4º STS 25/03/2004 [RJ\2004\3641].

⁶⁰ FJ 1º STS 17/05/2007 [JUR\2007\141849].

⁶¹ FJ 1º STS 22/01/2004 [RJ\2004\1118]: Para afirmar la existencia del ánimo de matar hay que atender a los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido, el comportamiento del autor, antes, durante y después de la agresión, el arma o los instrumentos utilizados la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, la intensidad del golpe o golpes y su reiteración, la forma en que finaliza la secuencia agresiva; así como cualquier otro dato que resulte de interés.

⁶² FJ 4º STS 25/03/2004 [RJ\2004\3641]; FJ 1º STS 10/12/2009 [RJ\2010\2043].

⁶³ STS 23/04/1992 [RJ\1992\6783] "Caso de la colza": a partir de esta sentencia el TS ha adoptado un criterio más bien normativo del dolo eventual en el que prima el elemento intelectual sobre el volitivo al considerar que el autor actúa con dolo cuando ha tenido conocimiento de del peligro jurídicamente desaprobado aunque no desee que se produzca el resultado.

⁶⁴ FJ 2º STS 10/12/2009 [RJ\2010\2043]; FJ 2º STS 11/02/2015 [RJ\2015\782]: "no obstante, una vez que se acredita el notable riesgo que genera la acción y su conocimiento por el sujeto activo, en la práctica procesal resulta muy difícil no considerar como probado el elemento de la voluntad o el consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada, puesto que las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado."

dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada del menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción".⁶⁵

Por su parte, en la culpa consciente el autor no se representa como probable la producción del resultado, ni tampoco como una probabilidad muy remota, ya que confía en que no se originará, bien debido a la destreza que despliega en su acción, o a la inidoneidad de los medios utilizados.⁶⁶ En conclusión, lo que determina la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente es que en éste último, aunque se exige la previsibilidad y evitabilidad del resultado producido, no puede afirmarse la alta probabilidad de su producción, ni la representación consciente del agresor ni, por lo tanto, la aceptación por la eventual causación del resultado.

Uno de los principales problemas que plantea el delito de homicidio en la práctica jurídica es su distinción frente al delito de lesiones cuando se produce una agresión física intencionada pero de resultado incierto. Para poder determinar si estamos ante un delito de homicidio o un delito de lesiones es imprescindible esclarecer si concurre ánimo de matar o ánimo de lesionar en la conducta del agresor. El TS⁶⁷ ha declarado que la intención de matar o *animus necandi* pertenece al ámbito interno del agresor y exige para su fijación en el proceso un juicio de inferencia mediante las reglas lógicas y de la experiencia partiendo de los elementos fácticos probados. Así, para determinar el propósito homicida o meramente lesivo del autor de una agresión generadora de lesiones que, por una u otra circunstancia no produce el resultado de fallecimiento de la víctima, hay que analizar los siguientes datos objetivos estrictamente individualizados: dirección, número y violencia de los golpes; arma utilizada y su capacidad mortífera; condiciones de espacio y tiempo; circunstancia concurrentes; manifestaciones del culpable y actuación del mismo antes y después de los hechos; relaciones autor-víctima y causa del delito.⁶⁸

2. El asesinato: concepto y circunstancias características.

Según dispone el art. 139 CP: "*será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.º alevosía; 2.º por precio, recompensa o promesa; 3.º con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*".

El CP tipifica dos tipos de asesinato: uno básico (art. 139 CP), cuando concurre alguna de las circunstancias agravantes; y uno agravado (art. 140 CP), cuando concurren más de una de las citadas agravantes, imponiéndose en estos casos la pena de prisión de 20 a 25 años.⁶⁹

⁶⁵ FJ 3º STS 10/12/2009 [RJ\2010\2043]; FJ 2º STS 11/02/2015 [RJ\2015\782].

⁶⁶ FJ 2º STS 11/02/2015 [RJ\2015\782]. El CP tipifica en su art. 142 el homicidio imprudente, estableciendo una pena distinta dependiendo de si concurre imprudencia grave o leve. La STS 11/02/2015 [RJ\2015\782] (FJ 3º) ha declarado que la distinción entre la imprudencia grave y la imprudencia leve reside en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso.

⁶⁷ FJ 1º STS 12/02/2000 [RJ\2000\945]: esta sentencia sentó la línea jurisprudencial en la materia; FJ 3º STS 25/03/2004 [RJ\2004\3641].

⁶⁸ FJ único STS 31/03/2016 [JUR\2016\81545].

⁶⁹ Con la reforma del CP del 2015 se han introducido novedades en la configuración legal del delito de asesinato: 1.º se ha elevado el límite máximo de la pena a 25 años; 2.º se ha añadido una cuarta agravante consistente en "para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra"; 3.º cuando concurre más de una circunstancia agravante, se impone la pena en su mitad superior; 4.º el art. 140 CP ha configurado un nuevo tipo agravado estableciendo nuevas circunstancias, en cuyo caso se impondrá la pena de prisión permanente revisable: que la víctima sea menor de 16 años de edad o

La doctrina mayoritaria configura el delito de asesinato como una modalidad de homicidio especialmente agravado por la presencia de una circunstancia agravante específica.⁷⁰ El tipo objetivo del asesinato coincide con el del homicidio. Por lo tanto, sólo vamos a analizar sus circunstancias específicas.

En primer lugar, por lo que respecta a la alevosía, esta no se define por el art. 139 CP; sin embargo, el art. 22 CP contempla como circunstancia agravante el ejecutar el hecho con alevosía, señalando a continuación que "hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".⁷¹ Partiendo de esta definición legal, el TS ha afirmado que para que exista alevosía es necesario que concurren los siguientes elementos: 1.º un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas; 2.º un elemento objetivo consistente en la utilización en la acción de medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; 3.º un elemento subjetivo consistente en que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; 4.º un elemento teleológico, es decir, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada del "modus operandi", conscientemente orientado a aquellas finalidades.⁷² Por lo tanto, la esencia de la alevosía reside en la existencia de una conducta agresora que tiende objetivamente a la eliminación de la defensa, de manera que puede concurrir tanto cuando el agresor crea la situación de indefensión para asegurar la ejecución e impedir la defensa como cuando el agresor se aprovecha de una previa situación de indefensión.⁷³

El ataque alevoso puede revestir distintas modalidades.⁷⁴ La alevosía proditoria o traicionera es la forma tradicional de la alevosía y el TS ha declarado que esta concurre cuando se obra en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que el que va a ser la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante o atacantes hasta el momento mismo del hecho; o cuando el agredido, que se encuentra confiado con el agresor, se ve atacado de forma rápida e inesperada.⁷⁵ La alevosía sorpresiva es apreciable en aquellos casos en los que el agresor ataca sin previo aviso, es decir, concurre cuando la agresión se produce a traición suprimiendo la posibilidad de

se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad; que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

⁷⁰ Polaino Navarrete, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, Tecnos, 2010. Pág. 55; Ragués i Vallés, R.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona, Atelier, 2011. Pág. 34. En el mismo sentido se ha pronunciado el TS (FJ 2º STS 14/04/2016 [JUR\2016\104823]) al afirmar que "la alevosía convierte en asesinato el homicidio".

⁷¹ STS 11/11/2008 [RJ\2009\35]

⁷² FJ 3º ATS 10/12/2009 [JUR\2010\42698]; FJ 1º STS 27/04/2016 [RJ\2016\1946]; FJ 2º STS 14/04/2016 [JUR\2016\104823].

⁷³ STS 13/02/2001 [RJ\2001\1256].

⁷⁴ FJ 2º STS 14/04/2016 [JUR\2016\104823].

⁷⁵ FJ 3º STS 18/02/2004 [RJ\2004\1104]; FJ 3º ATS 10/12/2009 [RJ\2009\35]

defensa, pues la víctima no espera el ataque y difícilmente puede prepararse contra él.⁷⁶ El TS ha considerado que también concurre alevosía cuando al comienzo de la acción no se halla presente esta agravación pero, en una segunda secuencia, restablecida la situación de confianza, el autor reanuda el ataque de manera imprevista e inopinadamente o aprovechando una situación de indefensión en que se ha colocado a la víctima con posterioridad.⁷⁷ Por último, la alevosía por desvalimiento concurre cuando la víctima no tiene posibilidad de defensa, bien porque accidentalmente se halla privada de tal aptitud (dormida, drogada, anonadada, sin conocimiento, etc.), o bien porque se trata de una persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, etc.).⁷⁸ En segundo lugar, también es constitutivo de delito matar a otro "por precio, recompensa o promesa". Esta circunstancia se corresponde con la contemplada en el art. 22.3 CP, con la única diferencia de que este último utiliza la proposición "mediante" en lugar de "por". El TS ha declarado que no basta el conocimiento de la existencia de precio como motor de la conducta del agresor, sino que se exige que haya actuado por o mediante precio, recompensa o promesa.⁷⁹ En tercer lugar, el ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. Esta circunstancia también encuentra su correlativo en una agravante genérica, concretamente contemplada en el art. 22.5 CP, existiendo una diferencia entre ellas y es que esta última contempla la causación a la víctima de padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. El TS ha declarado que para que concurra ensañamiento se deben apreciar dos elementos: por un lado, aumentar el dolor o sufrimiento de la víctima; y, por otro, que el autor se propone aumentar el dolor de la víctima o percibe su causación y, aceptándolo, continúa con esa forma de ejecución.⁸⁰ Por último, la doctrina se ha planteado si es posible compatibilizar la alevosía y el dolo eventual. El TS ha reconocido que, aunque en el ámbito dogmático la opinión mayoritaria niega la posibilidad de un asesinato cometido por dolo eventual, sí que es posible tal compatibilidad, distinguiendo para ello entre el dolo referido a las circunstancias definitorias del asesinato (alevosía, precio, recompensa o promesa y ensañamiento), que ha de ser abarcado por un dolo directo, y el dolo referido a la muerte, respecto del que bastaría el dolo eventual.⁸¹

⁷⁶ FJ 9º STS 18/11/2008 [RJ\2008\5924]; FJ 1º STS 24/04/2016 [RJ\2016\1709] y FJ 1º STS 15/01/2015 [JUR\2015\80954]: concurre alevosía al encontrarse la víctima de espaldas al agresor.

⁷⁷ FJ 9º STS 18/11/2008 [RJ\2008\5924]; FJ 3º STS 10/12/2009 [JUR\2010\42698]: "cuando el ataque se realiza en el marco de una pelea o discusión violenta previa no se aprecia alevosía pues se considera que la víctima tiene posibilidades de defensa, debiendo estar precavido ante una posible agresión. Sin embargo, sí se ha admitido la alevosía en los casos de saltos cualitativos inesperados para la víctima y cuando la agresión es alevosa desde el principio y sitúa a la víctima en una situación de indefensión de la que no puede recuperarse a lo largo del ataque."

⁷⁸ FJ 3º STS 12/02/2004 [JUR\2004\63497].

⁷⁹ STS 14/05/2008 [RJ\2008\4073].

⁸⁰ FJ 1º STS 22/02/2016 [RJ\2016\552].

⁸¹ FJ 1º STS 25/03/2004 [RJ\2004\3641]; FJ 2º STS 17/05/2007 [JUR\2007\141839].

V. Las intervenciones telefónicas.

1. Regulación y concepto.

La intervención de las comunicaciones, vulgarmente conocido como "escuchas telefónicas", supone una restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones recogido en el art. 18.3 CE; derecho que goza de una férrea protección y de un amplio régimen jurídico tanto en la esfera nacional como en la internacional.

En el ámbito nacional debemos partir del reconocimiento constitucional que nuestra Carta Magna realiza por medio de su art. 18.3: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial". No obstante, las intervenciones telefónicas no se introdujeron en el ordenamiento sustantivo hasta el año 1984, cuando se incorporó al Código Penal el delito de "escuchas telefónicas clandestinas". Actualmente estos delitos, si bien con algunas modificaciones por lo que respecta al tipo y a la pena, se encuentran recogidos en los arts. 197, 198 y 536 CP⁸².

Por otro lado, las intervenciones telefónicas fueron expresamente incluidas como acto de investigación sumarial en virtud de la LO 4/1988, de 25 de mayo, por la que se modificó el art. 579 LECrim. Sin embargo, como señala Gimeno Sendra⁸³, esta regulación procesal era muy insuficiente debido a la multitud de lagunas que contenía en la materia, como por ejemplo: la falta de determinación de los supuestos que justifican la adopción de esta medida, la duración de la intervención telefónica, el valor probatorio de la prueba obtenida inconstitucionalmente, etc.; ausencia legal que provocó que el Tribunal Supremo, principalmente en su Resolución de 18 de junio de 1992, y el Tribunal Constitucional, consideraran necesario definir una serie de garantías complementarias⁸⁴. Además, esta falta de regulación procesal motivó que el Estado español fuera condenado por el TEDH al considerar que las modificaciones realizadas eran insuficientes para responder a las garantías que deben amparar a las intervenciones telefónicas.⁸⁵ Con el objetivo de dar cumplimiento a esta doctrina del TEDH y eliminar la laguna legal en la materia, la LO 13/2015⁸⁶ ha realizado una minuciosa regulación de

⁸²El art. 197.1 CP dispone: "El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado (...)." La LO 5/2010 ha reformado el art. 197 CP para introducir su párrafo 3º, que tipifica como delito el acceso "sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o parte del mismo..." Por su parte, el art. 198 CP tipifica como delito la conducta descrita en el artículo anterior realizada por la autoridad o funcionario público; y, a su vez, el art. 536 CP sanciona a "la autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales (...)."

⁸³ Gimeno Sendra, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid, Ediciones jurídicas Castillo de Luna, 2015. Pág. 414.

⁸⁴FJ 2 ATS 18/06/1992 [RJ\1992\6102]: "dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida, utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la detención de la correspondencia privada y otros supuestos semejantes."

⁸⁵ FJ 1, apartados 30, 31 y 32 STEDH 18/02/2003, Prado Bugallo c. España [TEDH\2003\6]: "la LECrim regula las intervenciones telefónicas de manera insuficiente, pues adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos de previsibilidad y certeza de la ley que exige el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones."

⁸⁶ LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas.

las intervenciones telefónicas y telemáticas en los arts. 579.1, 588 bis, 588 ter y 588 quater LECrim⁸⁷.

Por lo que respecta al ámbito internacional, hay que tener en cuenta los siguientes preceptos: art. 8 CEDH.; arts. 12 de la DUDH⁸⁸ y 17 del PIDCP⁸⁹; y art. 7 Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Según Gimeno Sendra,⁹⁰ la intervención telefónica se puede definir como "todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que, por la policía judicial se proceda al registro de llamadas, correos electrónicos o datos de tráfico y/o a efectuar la grabación magnetofónica o electrónica de las conversaciones telefónicas o correos electrónicos del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor".⁹¹

2. Principios rectores y requisitos de la intervención.

Hasta la entrada en vigor de reforma de la LECrim del año 2015 no existía una regulación detallada de las intervenciones telefónicas, por lo que había que acudir a la jurisprudencia para conocer sus requisitos y regulación concreta. Por ello, el TS, fundamentalmente en Auto de 18 de junio de 1992⁹², realizó una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de llevar a cabo la intervención telefónica. En virtud de este Auto, la validez de la intervención telefónica quedará condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Cobertura legal: la intervención de las conversaciones telefónicas representan un atentado grave respecto de la vida privada y de la intimidad y por tanto deben basarse en una ley que ofrezca una precisión especial.⁹³
- Existencia de indicios y de una investigación penal: es imprescindible que existan indicios razonables que conforme a las reglas de la experiencia y la lógica permitan descubrir la responsabilidad penal de una persona, no siendo suficiente las meras sospechas o conjeturas, pues no se puede acordar una intervención telefónica para descubrir delitos en general. Además, debe existir un procedimiento penal en curso.

⁸⁷ Además, deben tenerse en cuenta: la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia; la Ley 25/2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones; la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; y la LO 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

⁸⁸ La *Declaración Universal de Derechos Humanos* establece en su art. 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

⁸⁹ El art. 17 del Pacto *Internacional de Derechos Civiles y Políticos* dispone: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra estas injerencias o esos ataques".

⁹⁰ Gimeno Sendra, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid, Ediciones jurídicas Castillo de Luna, 2015. Págs. 414 y 415.

⁹¹ Ver anexos 3 y 4: solicitud de acceso a las grabaciones y de transcripción de las mismas.

⁹² ATS 18/06/1992 [RJ\1992\6102].

⁹³ De Urbano Castrillo, E y Torres Morato, M.A.: *La prueba ilícita penal*. Navarra, Thomson Reuters, 2010. Pág 317.

– Delito grave: no existe un catálogo de delitos cerrado, pero sólo los delitos graves pueden tolerar esta injerencia, debiendo el Juez realizar una interpretación restrictiva de acuerdo con los mandatos y principios constitucionales.

– Principio de proporcionalidad: este principio, como criterio complementario pero indisolublemente unido al valor de justicia, supone que exista un correlato entre la medida, su duración y extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia transcendencia social.

– Principio de necesidad: la intervención debe de ser necesaria pues en una sociedad democrática el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos no es tolerable más que en la medida necesaria para la salvaguarda de las mismas instituciones democráticas. Necesario significa que se corresponda con una necesidad social imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida con la injerencia, no existiendo otros caminos o vías eficaces pero menos gravosos.⁹⁴

– Resolución judicial motivada: sólo el juez, salvo excepciones expresamente previstas por la Constitución o la ley⁹⁵, puede acordar una intervención telefónica. El Auto que acuerde la intervención deberá determinar su objeto, número de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, quiénes hayan de llevarlas a cabo y cómo, períodos en los que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución y acción penal a la que se refiere. La exigencia de motivación se satisface cuando, implícita o explícitamente, se puede conocer el conjunto de las reflexiones que condujeron al Juez a acordar la intervención.⁹⁶

– Duración razonable: debido al carácter excepcional de la intervención, ésta deberá tener la menor duración posible.

– Secreto de las actuaciones: con el objetivo de evitar su inutilidad.

– Control judicial: es obligatoria la entrega al Juez de las cintas originales, no siendo suficiente la entrega de las copias, para que este pueda controlar la intervención en el momento de ordenarse, en su desarrollo y en su cese.⁹⁷

3. Descubrimientos o hallazgos casuales.

Uno de los aspectos relativos a las intervenciones telefónicas que más dificultades ha planteado ha sido la utilización de información obtenida en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales. Ello se debe a que la ley no contemplaba este supuesto, de manera que había que acudir a la jurisprudencia y, en concreto, a la denominada doctrina de descubrimientos ocasionales para determinar su validez.⁹⁸

El TS sostiene que la resolución que autoriza la intervención telefónica deberá precisar el delito cuya investigación lo hace necesario, y ello con el fin de evaluar la

⁹⁴ López Fragoso Álvarez, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid, Colex, 1991. Pág. 37: "el ejercicio del ius puniendi del Estado no debe perseguir a cualquier precio eficacia, teniendo que ceder este interés público en determinados casos ante el interés individual".

⁹⁵ art. 579.4 LECrim y art. 18 LO 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁹⁶ No obstante, se ha considerado lícita la motivación por referencia a los autos policiales en los que se solicita la medida, aunque no sea una práctica recomendable. FJ 1º STS 10/03/2016 [RJ\2016\1102].

⁹⁷ Martínez Jiménez, J.: *Derecho Procesal Penal*. Tecnos, Madrid, 2015. Pág. 117; Miranda Estrampes, M.: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona, Bosch, 1999. Pág. 76.

⁹⁸ Actualmente y tras la reforma de la LECrim del año 2015, la ley contempla expresamente estos descubrimientos casuales en su art. 579 bis, estableciendo que el resultado de la intervención telefónica podrá ser utilizado como medio de investigación o de prueba en otro proceso penal y, para ello, se procederá a deducir testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia; y que la continuación de la medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente. No se puede aplicar la nueva regulación al supuesto concreto puesto que en el momento en que se acordó la intervención aún no estaba en vigor.

conurrencia de la proporcionalidad de la decisión y evitar rastreos indiscriminados sin base fáctica previa de la comisión de delito. Por esto, en principio, el principio de especialidad justifica la intervención sólo al delito investigado, pero este principio encuentra una excepción en los llamados "descubrimientos ocasionales" o "casuales", relativos a hechos nuevos, bien conexos, bien inconexos con los que son objeto de la causa y que pueden afectar al imputado y/o terceras personas no imputadas en el procedimiento, titulares o no del teléfono intervenido⁹⁹. El TS ha aclarado que el hallazgo casual no solo se proyecta hacia el futuro, como en el caso de unas intervenciones telefónicas en donde resultan indicios de la comisión de otros delitos diferentes a los investigados, sino también puede producirse hacia el pasado, cuando la intervención arroja datos sustanciosos acerca de la participación de los comunicantes en hechos no inicialmente investigados por esa vía¹⁰⁰.

Cuando durante la ejecución de una intervención telefónica, la Policía Judicial descubra casualmente la comisión de un delito distinto de aquél respecto del que se autorizó la intervención, deberá ponerlo en conocimiento del Juez instructor; y, una vez que éste tenga conocimiento del hallazgo casual:¹⁰¹

- si los hechos descubiertos tienen conexión¹⁰² con los que son objeto del procedimiento de instrucción, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación como de prueba. Se considera que no hay vulneración del principio de especialidad, puesto que no hay novación del tipo penal, sino una suma o adición, por lo que no es necesario abrir unas diligencias nuevas para comenzar una investigación diferente de la del punto de arranque, sino que basta con que el Juez Instructor dé una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y prosiga la investigación en la misma causa.¹⁰³

- si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen conexión con los causantes de la adopción de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera "notitia criminis", y se deducirá testimonio para que se inicie el correspondiente proceso. El TS ha reiterado que no se puede renunciar a investigar la "notitia criminis" incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello pueda hacer necesario una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente a la inicial. En este supuesto, el Juez de Instrucción deberá realizar un examen de proporcionalidad y competencia antes de deducir el correspondiente testimonio y, en su caso, dictar una expresa resolución judicial que permita la continuación de la escucha así como incoar la oportuna causa en la que se siga una investigación diferente de la que ha sido punto de arranque, de forma que, de acuerdo con las normas de competencia territorial y reparto, se inicie el proceso correspondiente¹⁰⁴.

Como conclusión, cabe afirmar que el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo.¹⁰⁵

⁹⁹ FJ 7º STS 29/04/2010 [RJ\2010\5562] y FJ 1º STS 08/02/2012 [RJ\2012\10144]

¹⁰⁰ FJ 16º STS 23/07/2013 [RJ\2013\5589]

¹⁰¹ FJ 7º STS 29/04/2010 [RJ\2010\5562] y FJ 1º STS 08/02/2012 [RJ\2012\10144].

¹⁰² De acuerdo con el art. 17.2 LECrim, se consideran delitos conexos: los cometidos por dos o más personas reunidas, por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello, por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos; los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos y los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.

¹⁰³ FJ 4º STS de 14/03/2013 [RJ\2013\3507]

¹⁰⁴ STS 20/07/2012 [RJ\2012\8403]; y Págs. 38-47 CFGE 1/2013.

¹⁰⁵ STS 01/10/2007 [RJ\2007\5471].

VI. La violencia doméstica y la violencia de género.

1. Evolución legislativa.

La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género, ha formado parte de la vida cotidiana de muchas mujeres a lo largo del tiempo. Sin embargo, esta violencia estaba normalizada y naturalizada, de manera que no tenía reconocimiento como tal, lo que provocaba su invisibilidad y ocultamiento.¹⁰⁶

No fue hasta los años setenta cuando esta violencia empezó a ser percibida y tener un cierto impacto social gracias a los movimientos de mujeres que comenzaron a desarrollar de forma colectiva y organizada acciones en contra de la misma, dando visibilidad a una lacra social oculta en la privacidad de los hogares hasta ese momento.¹⁰⁷

En el ámbito nacional, la CE proscribe en su art. 14¹⁰⁸ toda discriminación por razón de sexo y, en su art. 9.2, consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de las agrupaciones en las que se integra sean reales y efectivas. Con el objetivo de combatir la violencia de género, el legislador español ha aprobado diversas disposiciones, destacando entre ellas las reformas del CP, en virtud de las cuales se eleva a la categoría de delito determinadas conductas llevadas a cabo en el ámbito de la violencia de género¹⁰⁹; y la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, cuyo objetivo es establecer medidas de protección integral que abarcan tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones.¹¹⁰

2. Concepto de violencia doméstica y de género.

La comúnmente conocida como violencia doméstica o violencia intrafamiliar constituye la manifestación de violencia históricamente más frecuente y, de acuerdo con García Berrio-Hernández, T.¹¹¹, su característica fundamental es el ámbito espacial o relacional en que se desarrolla, es decir: que se produzca en el marco del domicilio o en el ámbito

¹⁰⁶ Gil Ruiz, J.M.: *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Madrid, Dykinson, 2007. Pág. 22: desde antaño gran parte de los atentados contra la integridad física y psíquica que se producían en el seno de la familia quedaban impunes dentro del espacio de la domesticidad, esfera que debía quedar al margen de toda intromisión estatal. En esta esfera privada, la mujer aparece como objeto de dominio y sólo el marido propietario debe proteger y defender sus intereses, es decir; en esta "jurisdicción" doméstica extra-jurídica, la figura del pater familias se alza como juez y patriarca, dirigiendo a su mujer e hijos hacia el orden establecido. Esta consideración ha permitido la ocultación a la sociedad de su existencia.

¹⁰⁷ Ver Exposición de motivos de la Ley gallega 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento igualitario de la violencia de género.

¹⁰⁸ Art. 14 CE: "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

¹⁰⁹ Gil Ruiz, J.M.: *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Madrid, Dykinson, 2007. Pág. 194: "las reformas del 2003 no trajeron aparejada una disminución de la violencia, sino todo lo contrario; ello llevó al legislador a activar medidas urgentes, presionado por la alarma social, con el objetivo de erradicar esta lacra social." Ver anexo 8: medidas urgentes de coordinación 2006-2007.

¹¹⁰ En materia penal, la LOPIVG reforma los arts. 83, 84, 88, 148, 153, 173, y 468 CP.

¹¹¹ García- Berrio Hernández, T.: *Medidas de protección de la mujer ante la violencia de género. Claves para la igualdad*. Madrid, Grupo Fusión, 2008. Pág. 42.

de determinadas relaciones familiares o convivenciales, constituyendo una atentado contra la paz o la armonía familiar.

Las estadísticas han puesto de manifiesto que las mujeres siguen encabezando el ranking de víctimas de la violencia doméstica¹¹². Ello ha motivado que algún sector de la doctrina¹¹³ conciba la violencia sobre la mujer como un subtipo de violencia doméstica; sin embargo, la doctrina mayoritaria¹¹⁴ considera que la causa de la violencia contra la mujer radica en la desigualdad estructural del género femenino respecto del masculino en una sociedad patriarcal¹¹⁵. Esta última es la posición adoptada en nuestro ordenamiento jurídico, en el que, mediante la LOPIVG, se adopta la perspectiva de género, puesto que, aunque el ámbito de aplicación de la Ley se circunscribe a la violencia de género producida en el marco de las relaciones familiares, en la Exposición de motivos se afirma que la violencia de género se dirige hacia las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

El legislador español ha definido por primera vez la violencia de género en el art. 1 LOPIVG, declarando que la violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.

3. Análisis del art. 153 CP. las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género.

De acuerdo con el art. 153 CP: "1. *El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de (...).* 2. *Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de (...).*"

La reforma del CP llevada a cabo por la LO 11/2003 supuso la elevación a la categoría de delito de comportamientos que, hasta su entrada en vigor, constituían infracciones leves; así, la falta de lesiones, de maltrato y de amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos, cuando se realizan sobre determinadas personas mencionadas

¹¹² La violencia dentro de la pareja es un fenómeno universal y globalizado, es decir, se produce en todos los países, en todas las culturas, entre todos los sexos, y afecta a todas las clases sociales sin excepción. No obstante, también es cierto que algunos sectores de la población considerados "sensibles", extractos sociales de bajo nivel de ingresos, delincuencia, alcoholismo, etc., corren mayores riesgos.

¹¹³ Esta perspectiva es la defendida por las denominadas tesis etiológicas, las cuales no discriminan las razones explicativas de una y otra forma de violencia.

¹¹⁴ Ramón Ribas, E., Arrom Loscos, R., Nadal Gómez, I.: *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*. Madrid, Dykinson, 2009. Pág. 75: "pudiera parecer que la violencia de género es una especie de violencia doméstica, sin embargo, dado su perfil característico, llega a adquirir autonomía propia, pues el bien jurídico protegido en un caso o en otro es distinto". Ver anexo 7: clasificación de la violencia según el sujeto activo.

¹¹⁵ AAVV Villacampa Estiarte, C. (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia, Tirant lo blanch, 2008. Págs. 28-35.

en el art. 173.2 CP, pasaron a integrar el delito de maltrato ocasional tipificado en el art. 153 CP.

Durante la tramitación parlamentaria de la LO 11/2003 se planteó la cuestión relativa al bien jurídico protegido en este delito, pero su inclusión en el Libro II Título III determina que aquél es la salud de las personas en su vertiente física y psíquica.¹¹⁶

El art. 153 CP se estructura sobre dos tipos penales: un tipo básico, contemplado en el apartado segundo y referido a aquellos supuestos en los que la conducta típica recae sobre algunas de las personas contempladas en el art. 173.2 CP¹¹⁷; y, un tipo agravado, contenido en el apartado primero y relativo a los casos en los que la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

En cuanto a los sujetos del tipo básico, resulta preciso aclarar algunos aspectos. En primer lugar, el precepto no sólo incluye a los cónyuges y parejas de hecho, sino también a los ex cónyuges y ex parejas, pudiendo ser del mismo o de distinto sexo siempre que, eso sí, el agresor no sea un hombre y la víctima una mujer, puesto que en ese caso sería de aplicación el tipo agravado. En segundo lugar, las relaciones de parentesco o afinidad se limitan a los casos en que esté vigente la relación conyugal o de hecho, ya que la ley los vincula taxativamente al "cónyuge o conviviente". En tercer lugar, la introducción de la cláusula abierta consistente en integrar como sujeto pasivo del delito a toda "persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar" supone el amparo de cualquier clase de relación parental o afectiva con independencia de su cercanía, lejanía o naturaleza, con el único requisito de la convivencia con el autor¹¹⁸.

El sujeto pasivo del tipo agravado es la mujer que es o ha sido esposa o compañera sentimental del sujeto activo¹¹⁹, quedando únicamente incluidas las relaciones heterosexuales en las que el agresor sea un hombre y la víctima sea una mujer¹²⁰; o la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor¹²¹. La determinación del

¹¹⁶ Gorjón Barranco, M.C.: *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*. Madrid, Iustel, 2013.

¹¹⁷ Las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP son los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

¹¹⁸ AAVV Jiménez Díaz, M.J. (coord.): *La Ley integral: un estudio multidisciplinar*. Madrid, Dykinson, 2009. Pág. 352; y, AAVV Villacampa Estiarte, C. (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008. Pág. 198.

¹¹⁹ No se exige la convivencia con el autor y, respecto de la "relación similar de afectividad", el TS ha afirmado que "lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del agresor" (STS 12/05/2009 [RJ\2009\4861]). Asimismo en STS 23/12/2011 [RJ\2012\1932] el Alto Tribunal ha matizado que "tienen cabida no sólo las relaciones de estricto noviazgo (...), esto es, aquellas que (...), denotan una situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de hecho más o menos estable y con convivencia, sino también aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual".

¹²⁰ En los demás casos, aunque el sujeto pasivo sea mujer, y siempre que no constituya víctima especialmente vulnerable, se aplicará el tipo básico del art. 153.2 CP.

¹²¹ FJ 4º STC 14/05/2008 [RTC\2008\59] : la inclusión de estas personas especialmente vulnerables, se debió a un intento de salvar las objeciones formuladas contra el texto original por la eventual

concepto de persona especialmente vulnerable ha sido problemática y discutida por la doctrina, pero el TS¹²² ha predicado esa condición de quienes por su edad, estado físico o psíquico, o condiciones personales con relación al grupo conviviente, la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor, es decir: menores de edad, incapaces personas de avanzada edad y cualesquiera otras personas en las que el padecimiento de enfermedades o discapacidades físicas las sitúan en una posición de inferioridad frente al agresor.¹²³

En cuanto a las conductas típicas recogidas en el art. 153 CP, se distinguen tres comportamientos: el ocasionamiento de un menoscabo psíquico, la producción de una lesión no definida como delito y el golpeo o maltrato de obra sin causar lesión.

En primer lugar, por lo que respecta a la producción de un menoscabo psíquico, la doctrina ha considerado que la inclusión de esta modalidad típica es innecesaria a la vista de que el concepto de lesión abarca tanto la física como la psíquica¹²⁴. En palabras de Del Moral García¹²⁵, no cabe afirmar que el concepto de menoscabo psíquico se asimila al de lesión psíquica del art. 147 CP, sino que ha de ser un menoscabo psíquico no definido como delito. Es decir, si el quebranto de la salud psíquica requiere para su curación tratamiento médico deberá aplicarse, no el art. 153 CP, sino el delito de lesiones del art. 147 CP, con la agravante genérica de parentesco si se trata de los sujetos que esta contempla. Por el contrario, si la alteración psíquica ocasionada sólo requiere una primera asistencia facultativa¹²⁶, entonces se trata del supuesto contemplado en el art. 153 CP. No obstante, si para su curación no es ni tan siquiera necesaria tal asistencia facultativa, se trata de un simple maltrato emocional que, según los casos, podría constituir una vejación injusta o una injuria leve.

En segundo lugar, la producción de una lesión no definida como delito en el Código, es decir, en los arts. 147 a 150 CP. Se trata de aquellas lesiones que objetivamente sólo requieren para su curación una primera asistencia facultativa, sin que sea preciso tratamiento médico o quirúrgico.¹²⁷ El TS ha afirmado que el concepto de tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias, incluyéndose, además, las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerles remedio.¹²⁸ Asimismo ha declarado que el

violación del principio de igualdad al proteger sólo a la mujer, dejando fuera a otras personas también situadas en una posición de inferioridad respecto al autor.

¹²² FJ 5º STS 29/09/2003 [RJ\2003\8485].

¹²³ AAVV Jiménez Díaz, M.J. (coord): *La Ley integral: un estudio multidisciplinar*. Madrid, Dykinson, 2009. Pág. 355.

¹²⁴ Copello, L.: *Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada*. Artículo 14, nº 14, diciembre de 2003, Instituto andaluz de la mujer. Pág. 9: "la referencia expresa al menoscabo psíquico resulta perturbadora e inadecuada a la vista de la clara definición legal de las lesiones, dentro de la cual se concede un espacio específico a las perturbaciones de la salud psíquica."

¹²⁵ Del Moral García: *"Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal"*. AA.VV. Encuentros "Violencia doméstica", Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004 pág. 470.

¹²⁶ Por ejemplo, la simple prescripción de unos ansiolíticos. AAVV Jiménez Díaz, M.J. (coord.): *La ley integral: un estudio multidisciplinar*. Madrid, Dykinson, 2009. Pág. 357.

¹²⁷ La determinación de una lesión no definida como delito frente al simple golpe o maltrato carece, en principio, de transcendencia punitiva puesto que, a diferencia de los que ocurre con las faltas de lesiones y maltrato del art. 617 CP, el art. 153 CP otorga un tratamiento unitario, sin hacer discriminación alguna a efectos penológicos.

¹²⁸ FJ 2º STS 17/12/2008 [RJ\2009\793].

tratamiento ha de ser objetivamente necesario, y así, aunque éste no se aplique, podrá ser delito la causación de una lesión que necesite objetivamente de tratamiento, y no serlo una lesión a la que se aplicara tratamiento si éste no fuere objetivamente necesario en el caso, pues de otro modo quedaría a la discreción de la víctima la realización del tratamiento.¹²⁹

En tercer lugar, la expresión "golpe o maltrato de obra que no determine lesión alguna" hace referencia a los golpes, zarandeos, empujones bruscos, heridas, hematomas, arañazo, bofetada, así como aquellas lesiones que no requieran ni asistencia facultativa ni tratamiento quirúrgico para su curación.¹³⁰

Es preciso tener en cuenta que, en el caso de que efectivamente se produzca una lesión constitutiva de delito, no será de aplicación el art. 153 CP, sino el correspondiente delito de lesiones contemplado en los arts. 148.4, 149 y 150 CP, con la consiguiente aplicación de la agravante de parentesco en estos dos últimos casos.¹³¹

El TC se ha pronunciado acerca de la diferencia de penas existente entre el tipo básico y el tipo agravado, indicando que no es desproporcionada, puesto que se reduce a tres meses de prisión en cuanto al mínimo y se prevé como alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad. Además, la pena será igual si la agresión afecta a una persona especialmente vulnerable.¹³²

El art. 153 CP contempla en su apartado 3º cuatro subtipos agravados:

– la comisión del hecho en presencia de menores: habrá de entenderse que se aplica a menores de 18 años y, aunque no lo diga el precepto, ha de tratarse de menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.3 CP, pues la razón de la agravación reside en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo.¹³³ Eso sí, como señala Romero Casabona, C.¹³⁴, será necesario que éstos gocen de una mínima capacidad para entender el sentido violento del acto presenciado. En los casos en los que la conducta se ejecuta precisamente contra un menor, se considera que no cabe aplicar el subtipo agravado.¹³⁵

– la utilización de armas en la perpetración del delito¹³⁶: la aplicación de esta agravación queda limitada al uso de armas blancas o de fuego.¹³⁷ El TS ha declarado

¹²⁹ FJ 3º STS 22/02/2012 [RJ\2012\2668]. El TS ha considerado tratamiento médico quirúrgico la aplicación de puntos de sutura y la inmovilización de partes del cuerpo debido a rupturas y traumatismos.

¹³⁰ Ramón Ribas, E., Arrom Loscos, R., Nadal Gómez, I.: *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*. Madrid, Dykinson, 2009. Pág. 39; SAP Cádiz, 27/12/2002; SAP Sevilla, 12/06/2002; SAP Huelva 4/04/2002.

¹³¹ FJ 4º STS 11/12/2003 [RJ\2003\9473]: "cuando se trate de parejas casadas o de hecho, es imprescindible la concurrencia de dos requisitos para que se pueda apreciar esta circunstancia: el dato objetivo de la relación matrimonial o asimilada actual o pasada y que el delito cometido tenga relación directa o indirecta en el marco o círculo de esas relaciones o comunidad de vida."

¹³² FJ 9º STC 14/05/2008 [RTC\2008\59]: "la sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que le son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y desigualdad."

¹³³ CFGE 4/2003, de 30 de diciembre. Así, por ejemplo, no se agravará la conducta en el caso de que la agresión entre los cónyuges se produzca en la vía pública presenciada por menores transeúntes.

¹³⁴ Romeo Casabona, C. M.: *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Granada. Comares, 2004. Pág. 233.

¹³⁵ AAVV Jiménez Díaz, M.J. (coord.): *La ley integral: un estudio multidisciplinar*. Madrid, Dykinson, 2009. Pág. 362.

¹³⁶ Esta agravación es compatible con la condena por un delito de tenencia ilícita de armas. CFFGE 4/2003.

¹³⁷ CFGE 4/2003, de 30 de diciembre.

que como uso de armas debe entenderse no solo el empleo directo, sino asimismo la exhibición o utilización conminatoria.¹³⁸

– comisión de los hechos en el domicilio común o en el de la víctima: la redacción de este subtipo genera dudas acerca de su compatibilidad con la apreciación del delito de allanamiento de morada del art. 202 CP.¹³⁹ Por lo que respecta al concepto de domicilio, la doctrina ha defendido que no es necesario que sea la residencia habitual, sino que basta cualquier lugar de permanencia estable o transitoria donde la víctima desarrolle aspectos vinculados con su vida personal y familiar que le permita excluir la presencia de terceras personas.¹⁴⁰

– quebrantamiento de pena, medida cautelar o de seguridad: consiste en el quebrantamiento de alguna de las medidas contempladas en el art. 48 CP. La regla general es que la apreciación de este subtipo agravado excluye la posibilidad de aplicar el quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP por respeto al principio *non bis in idem*.

Por último, el legislador ha establecido en virtud del apartado 4º del art. 153 CP una modalidad atenuada, limitándose a prescribir que "el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado", recayendo así en una absoluta indeterminación y dejando al arbitrio judicial la fijación de los criterios que sirven de base a la aplicación del precepto.

4. Análisis del art. 173.2 CP: la violencia habitual en el ámbito familiar.

De acuerdo con el art. 173.2 CP: *"El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de (...)".*

El bien jurídico protegido por el art. 173.2 CP ha sido muy debatido por la doctrina, pero, tras la reforma del CP de septiembre de 2003, el legislador ha incluido el delito de violencia habitual en el ámbito familiar en el Título VII del libro II, regulador "de las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Así, se puede afirmar que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo.¹⁴¹

Por lo que se refiere a los sujetos, el delito de maltrato habitual es un delito especial propio, puesto que sólo puede ser cometido contra aquellas personas que presenten las

¹³⁸ STS 01/09/2003 [RJ\2003\6198].

¹³⁹ No obstante, cuando concurran los presupuestos del delito de allanamiento de morada, se podrá apreciar el concurso de delitos.

¹⁴⁰ AAVV Jiménez Díaz, M.J. (coord.): *La ley integral: un estudio multidisciplinar*. Madrid, Dykinson, 2009. Pág. 364.

¹⁴¹ FJ 2º STS 27/04/2016 [RJ\2016\1707]: a partir de la reforma llevada a cabo por la LO 11/2003, el delito de violencia habitual se lleva desde el título de las lesiones al de los delitos contra la integridad moral, lo que evidentemente dota de un mayor fundamento la vigencia de la misma en tanto que el bien jurídico protegido se clarifica y su autonomía re refuerza respecto de los actos singulares de violencia que sirven para sostener la habitualidad.

características exigidas por el tipo, y dicha especialidad tiene que derivarse de la relación de parentesco o análogas que ha de tener el autor o el sujeto pasivo. En cuanto a la descripción de los sujetos, nos remitimos a lo explicado en relación al delito del art. 153 CP; si bien, en el caso del art. 173.2 CP, el legislador no ha establecido una discriminación penológica en relación a la violencia de género.

La acción típica del delito consiste en ejercer violencia física o psíquica de modo habitual sobre alguna o alguna de las personas contenidas en el tipo. El TS ha afirmado que el delito del art. 173.2 CP castiga la ejecución de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasifamiliar, con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente, los cuales generan una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscaba su dignidad, lo que da lugar a un injusto específico que rebasa el correspondiente a cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual.¹⁴²

En relación al concepto de violencia física, el legislador no especifica su contenido, pero, dado que la consumación del delito no exige la producción de resultado lesivo alguno, se deduce que las agresiones leves también pueden conformar la habitualidad.¹⁴³

Respecto del concepto de violencia psíquica, el TS ha declarado que se trata de aquellas conductas de las que se infiere una situación habitual de presión psicológica sobre la víctima, evidenciada por insultos, amenazas y agresiones físicas como, por ejemplo, empujones, tirones de pelo, sujeciones forzadas.¹⁴⁴

Uno de los elementos esenciales y, a su vez, diferenciador de la conducta punible es el concepto de habitualidad. El legislador ha establecido en el apartado 3º del art. 173 CP que, para apreciar la habitualidad se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. El TS se ha pronunciado acerca del concepto de habitualidad afirmando que lo que determina la habitualidad no es el número de actos violentos ni que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre el autor y la víctima y la frecuencia con que ello ocurre, es decir: la creación de un estado permanente de violencia derivado de una pluralidad de actos que, en ocasiones, se materializan en agresiones físicas y en otros en otro tipo de agresiones o en la creación de un estado permanente de violencia que afecta a la estructura básica de la convivencia desde el respeto y la dignidad de la persona.¹⁴⁵

Otra característica de la habitualidad es la irrelevancia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. En el caso de que no existan condenas anteriores, la habitualidad puede acreditarse a través de la declaración de la víctima, por el contenido del parte pericial médico, o por cualquier otro medio

¹⁴² FJ 3º STS 20/04/2016 [RJ\2016\1707]: el maltrato familiar del artículo 173 CP se integra por la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia en relación a las personas que el precepto enumera, aun cuando aisladamente consideradas fueran constitutivas de falta. Se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos.

¹⁴³ AAVV Villacampa Estiarte, C. (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia, Tirant lo blanch, 2008. Pág. 175.

¹⁴⁴ FJ 1º STS 10/03/2016 [JUR\2016\76154].

¹⁴⁵ FJ 2º STS 27/04/2016 [RJ\2016\1707].

probatorio.¹⁴⁶ La doctrina se ha planteado la cuestión relativa a la posible vulneración del principio *non bis in idem* en el caso de que, para apreciar la habitualidad, se tomen en cuenta sentencias anteriores. EL TS ha afirmado al respecto que la habitualidad no queda excluida por el hecho de que la persona responsable de los actos violentos ya haya sido sancionado por ellos, y que sólo se podría invocar el *non bis in idem* en relación con aquéllos actos concretos de violencia que hayan integrado la habitualidad de un maltrato anterior ya enjuiciado.¹⁴⁷

El apartado segundo del art. 173.2 CP contempla 4 subtipos agravados que coinciden con los contemplados por el art. 153.3 CP, por lo que nos remitimos a ellos para su explicación.

El delito de violencia habitual contemplado en el art. 173.2 CP contiene una cláusula para el caso de que en el ejercicio de tal violencia se produzcan lesiones, la cual dispone: "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica." De esta expresión se deducen dos consideraciones: por un lado, que el bien jurídico protegido en el del delito de violencia habitual es distinto al de los delitos o faltas en que se concreten los actos violentos, pues de lo contrario se vulneraría el principio *non bis in idem*; y, por otro, que el concurso producido en estos casos es el de delitos.¹⁴⁸ No obstante, el art. 170 CP prevé que si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley. El TS se ha pronunciado recientemente al respecto y ha afirmado que la cláusula contemplada en el art. 173.2 CP establece un concurso real de delitos y es de aplicación preferente a la prevista en el art. 177 del mismo título por razón de especialidad.¹⁴⁹

5. La orden de alejamiento.

La orden de alejamiento se encuentra regulada en el art. 544 bis LECrim y se puede adoptar como medida cautelar,¹⁵⁰ constituyendo una de las medidas en que se concreta la orden de protección, o como pena. Por otro lado, puede consistir en la prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otras entidades locales o Comunidades Autónomas, o en la prohibición de aproximarse o comunicarse con determinadas personas. El contenido de estas medidas viene recogido, respectivamente, en los tres primeros números del art. 48 CP¹⁵¹. Para su adopción el

¹⁴⁶ CFGE 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del MF en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar; AAVV Villacampa Estiarte, C. (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia, Tirant lo blanch, 2008. Pág. 191.

¹⁴⁷ FJ 2º STS 27/04/2016 [RJ\2016\1707]: el TS confirma una sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla en la que se condena a un señor por un delito de lesiones y un delito de violencia habitual, tomando como referencia para apreciar la habitualidad dos condenas anteriores por un delito de lesiones leves en la pareja y otra de amenazas leves.

¹⁴⁸ El concurso real se caracteriza por la existencia de una pluralidad de acciones o hechos que constituyen delitos autónomos, y el concurso ideal exige una unidad de hecho que dé lugar a varios tipos delictivos. AAVV Villacampa Estiarte, C. (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia, Tirant lo blanch, 2008. Pág. 201.

¹⁴⁹ FJ 2º STS 27/04/2016 [RJ\2016\1707]-

¹⁵⁰ Ver anexo 7: modelo de solicitud orden de protección.

¹⁵¹ La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde

Juez tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación física y laboral, atendiendo especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última.

La orden de alejamiento como medida cautelar podrá ser acordada por el Juez en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 CP¹⁵², es decir: delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. Asimismo, se podrá imponer como pena accesoria en los delitos mencionados por un tiempo que no excederá de 10 años, si el delito fuera grave, o de 5, si fuera menos grave. No obstante, cuando se trate de los citados delitos cometidos contra alguna o algunas de las personas mencionadas el art. 175.3 CP, la imposición de la orden de alejamiento como pena accesoria no será potestativa para el juez, sino que "se acordará en todo caso" por un tiempo que no excederá de 10 años, si el delito fuera grave, o de 5, si fuera menos grave.¹⁵³

En virtud de los arts. 64.3 LOPIVG y 48.4 CP, que permiten la utilización de instrumentos tecnológicos para controlar el cumplimiento de las medidas de alejamiento impuestas en los procedimientos que se sigan por violencia de género, se aprobó un Protocolo de Actuación que puso en marcha el Sistema de Seguimiento por Medios telemáticos de las Medidas y Penas de Alejamiento en materia de violencia de género.¹⁵⁴

El art. 544 bis LECrim establece que, en el caso de incumplimiento de la medida cautelar de orden de alejamiento, el juez convocará la audiencia regulada en el art. 505 para la adopción de la prisión provisional, la orden de protección del art. 544 ter u otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal. Para acordar esta agravación, se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias. El citado precepto contiene la cláusula "sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar", lo que nos lleva a la aplicación del delito de quebrantamiento de condena contemplado en el art. 468 CP, según el cual "se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2".

La aplicación automática de la orden de alejamiento en los delitos de violencia de género ocasiona importantes problemas en relación a la valoración de las consecuencias del incumplimiento cuando éste se produce a instancias de la propia mujer protegida o, cuanto menos, con su consentimiento. Ejemplo de ello son los casos en los que la pareja retoma la convivencia a pesar de que la orden de alejamiento sigue vigente. Por un lado,

se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia. Y, finalmente, la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

¹⁵² Su adopción como medida cautelar se realizará en atención a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima. Ver anexo 8: valoración policial del nivel de riesgo de la violencia contra la mujer.

¹⁵³ Arts. 144 bis LECrim y 57.1 y 2 CP.

¹⁵⁴ Ver anexo 8: Protocolo de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género.

hay que determinar si el consentimiento de la mujer está viciado o condicionado por presiones, bien de su propia pareja, familia u otros agentes exteriores; y, por otro, determinar si la mujer incurre en responsabilidad penal alguna, pues su consentimiento contribuye al quebrantamiento de condena; o si, por el contrario, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la orden de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida.

La jurisprudencia del TS en relación al consentimiento de la mujer en el incumplimiento de la orden de alejamiento ha sido contradictoria. En algunos casos, por ejemplo en STS 7380/2005, el Alto Tribunal rechazó la existencia del delito de quebrantamiento cuando se reanuda la convivencia a pesar de estar vigente la medida de alejamiento, por considerar que la decisión de la mujer de reanudar la relación evidencia la falta de necesidad de la medida acordada precisamente para su protección; en otros, como en STS 675/2007, consideró que ese consentimiento de la mujer en ningún caso elimina la antijuridicidad de la conducta de quien era perfecto conocedor del mandato judicial que le prohibía aproximarse a ella; y, en STS 5323/2007, sostuvo que era importante diferenciar entre el incumplimiento del alejamiento, mediando consentimiento de la mujer para la aproximación, según que se trate de medida cautelar acordada o de pena impuesta, pues aunque ambos pronunciamientos judiciales se contemplan en la descripción del delito de quebrantamiento, su naturaleza, finalidad y, sobre todo, disponibilidad por parte de la víctima, ha de reconocerse que son esencialmente distintos en ambos institutos.

Ante las importantes dudas interpretativas que planteaba el consentimiento de la mujer, el TS, en el Pleno no jurisdiccional de la sala segunda del TS, de 28 de noviembre de 2008 acordó que "el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal." En aplicación de este acuerdo, en STS 39/2009, el TS¹⁵⁵ afirmó que, en los casos de medida cautelar o de pena consistente en prohibición de alejamiento, el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP; todo ello en base a la idea clave de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que solo tiene su excepción en los llamados delitos privados, que es cuando expresamente la ley así lo prevé. Siguiendo esta línea jurisprudencial, en STS 530/2016¹⁵⁶, el Alto Tribunal ratifica una condena de quebrantamiento de condena al sostener que, "aunque hubiera existido consentimiento en el delito de quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento, este hubiera sido irrelevante", pues el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad.

Como conclusión, cabe decir que el consentimiento de la mujer es irrelevante a los efectos de que el hombre sobre el que recae la orden de alejamiento cometa un delito de quebrantamiento de condena, no existiendo diferencias en función de si la orden de alejamiento se impuso como medida cautelar o como pena accesoria.

Sobre lo que no se ha pronunciado el TS hasta el momento es acerca de la valoración jurídico penal del consentimiento de la propia mujer y el carácter, punible o no, de su participación en este ilícito. Sin embargo, quien sí se ha pronunciado al respecto ha sido el MF al decidir no promover acusación alguna contra la mujer que consiente, por estimar que no puede afirmarse, en tales casos, ni la autoría por inducción ni la cooperación necesaria.¹⁵⁷

¹⁵⁵ FJ 7º STS 29/01/2009 [RJ\2009\819].

¹⁵⁶ FJ Único STS 10/03/2016 [JUR\2016\76154].

¹⁵⁷ CFGE 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección.

VII. Conclusiones.

1. Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial. Determinar las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste.

Antes de entrar en el fondo del asunto es necesario precisar que el supuesto de hecho no aclara si se trata de matrimonios canónicos o civiles por lo que consideramos oportuno contemplar las dos posibilidades, dado que las consecuencias en uno y otro supuesto son distintas.

Por un lado, en el ámbito del derecho canónico, de acuerdo con el canon 1707, rige el principio de indisolubilidad del matrimonio de manera que, tras la declaración de fallecimiento del cónyuge desaparecido, el cónyuge presente podrá contraer nuevas nupcias, pero este segundo matrimonio tendrá una validez condicional, es decir, si el cónyuge presuntamente muerto reaparece, se considera subsistente el matrimonio anterior y el nuevo matrimonio quedará anulado ipso iure por impedimento de ligamen. No obstante, en virtud del canon 1674 los únicos legitimados para impugnar el matrimonio son los cónyuges o, en su caso, el promotor de justicia "cuando la nulidad ya se ha divulgado si no es posible o conveniente convalidar el matrimonio". Ello conlleva que, si el promotor de justicia no impugna el matrimonio, nada podrá hacer el reaparecido. Por lo tanto, si se tratase de matrimonios canónicos, el segundo matrimonio contraído por María y Marcial el 17 de agosto de 2009 sería inválido por impedimento de ligamen puesto que, en virtud del principio de indisolubilidad del matrimonio canónico, la reaparición de Manolo supone que el matrimonio contraído con María el 26 de marzo de 1996 recobra su vigencia, y el matrimonio contraído por María y Marcial deviene nulo. Sin embargo, de conformidad con el canon 1674, Manolo no está legitimado para impugnar el matrimonio contraído por María y Marcial, por lo que si el promotor de justicia no impugna el citado matrimonio, Manolo no podrá ejercitar acción alguna. No obstante, para lo que sí que está legitimado Manolo es para poner fin a su matrimonio con María ejercitando la correspondiente acción para que la autoridad eclesiástica correspondiente declare la disolución del vínculo matrimonial canónico de acuerdo con el canon 1141 y siguientes.

En el ámbito civil, tras la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 30/1981, en virtud de la cual se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, el art. 85 CC contempla expresamente la declaración de fallecimiento como causa de disolución del matrimonio; además, se eliminó el párrafo 3º del art. 195 CC que establecía que la declaración de fallecimiento no bastaba por sí sola para que el cónyuge presente pudiese contraer un ulterior matrimonio. Así, a partir del año 1981, con la declaración de fallecimiento se produce la disolución del vínculo matrimonial con carácter irrevocable, pudiendo el cónyuge presente contraer nuevas nupcias, sin que sea posible exigir complemento alguno. Por lo tanto, si se tratase de matrimonios civiles, el segundo matrimonio contraído por María y Marcial es válido y eficaz a todos los efectos ya que se contrajo con posterioridad a la declaración de fallecimiento de Manolo, de manera que cuando María contrajo segundas nupcias el vínculo matrimonial con Manolo ya se había disuelto en virtud del auto de declaración de fallecimiento, no existiendo por lo tanto impedimento de ligamen para contraer matrimonio con Marcial. Por su parte, Manolo no podría llevar a cabo ninguna acción legal para poner fin a su matrimonio con María puesto que su vínculo matrimonial quedó disuelto con efecto irrevocable tras su declaración de fallecimiento, de manera que su reaparición no provoca la recuperación de la vigencia de su matrimonio, no pudiendo ser considerado cónyuge de María. De igual modo, aunque María no hubiera contraído segundas

nupcias, el vínculo matrimonial con Manolo se habría disuelto tras la firmeza del auto de declaración de fallecimiento y no podrían ser considerados cónyuges, debiendo para ello contraer matrimonio de nuevo.

2. Determinar las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, y determinar la validez de las escuchas telefónicas.

En relación al delito cometido por María en el barco hacia Manolo, se trata de un asesinato alevoso en grado de tentativa, tipificado en el art.139 CP, cuyas características analizaremos a continuación. No obstante, es preciso aclarar que, si bien en la actualidad el art 139 CP ha sido modificado por la reciente reforma del CP del año 2015, en virtud de la cual se ha elevado el límite máximo de la pena de 20 a 25 años de prisión y se han introducido nuevas circunstancias agravantes, la ley aplicable al caso es la redacción dada al citado precepto por la LO 10/1995, vigente en el momento en que ocurrieron los hechos (30/06/2007), puesto que, de acuerdo con el art. 9.3 CE, rige el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.¹⁵⁸

Los elementos que caracterizan este tipo delictivo son los siguientes: en primer lugar, el bien jurídico protegido es el derecho a la vida humana; en segundo lugar, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido y puede ser cualquier persona, pues se trata de un delito común; en tercer lugar, el objeto material del delito es el cuerpo humano sobre el que recae la conducta típica, de manera que objeto material y sujeto pasivo coinciden; en cuarto lugar, la conducta típica consiste en matar a otro concurriendo alevosía, precio, recompensa, promesa o ensañamiento; y, en quinto y último lugar, el elemento subjetivo del tipo está conformado por el dolo, es decir, el conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo delictivo.

Como ya hemos afirmado, uno de los principales problemas que en la práctica plantea la calificación del asesinato es la acreditación del dolo y su distinción frente al delito de homicidio, pues la única diferencia entre ambos reside en la conducta típica, es decir, en la concurrencia o no de alguna de las tres circunstancias específicas antes mencionadas. El supuesto de hecho tan sólo relata que "María, ante una inmensa sensación de ira y obcecación, golpea fuertemente a Manolo en la cabeza y lo tira por la borda del barco", pero no ofrece dato alguno respecto del instrumento con el que María golpea a Manolo ni tampoco si la conversación se produce en el marco de una pelea o discusión violenta. No obstante, a nuestro parecer, el hecho de que lo tire por la borda del barco determina la existencia de una conducta alevosa y, por lo tanto, la calificación de los hechos como una tentativa de asesinato.

El TS ha firmado que para exista alevosía es necesario la concurrencia de los siguientes elementos¹⁵⁹:

1.º que se trate de un delito contra las personas; elemento que concurre en el delito de asesinato, pues la conducta típica consiste en matar a otra persona.

2.º que se utilicen medios, modos o formas objetivamente adecuados para asegurar la acción mediante la eliminación de las posibilidades de defensa; en el supuesto de hecho no sabemos qué medio utiliza María para golpear a Manolo, pero un fuerte golpe en la

¹⁵⁸ FJ 9 STC 29/11/1988 [RTC\1988\227]: una norma es retroactiva cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas y lo que se prohíbe en el art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad. Además, el art. 7 CP establece que a los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.

¹⁵⁹ FJ 2º STS 14/04/2016 [JUR\2016\104823].

cabeza, aunque sea con la mano, por ejemplo con el puño cerrado, es objetivamente adecuado para dejar a Manolo semiinconsciente o, al menos noqueado, permitiendo que María lo tire por la borda del barco, e impidiendo así cualquier posibilidad de defensa por parte de Manolo.

3.º que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; no obstante, el Alto Tribunal ha aclarado que, aunque la alevosía ha de ser abarcada por un dolo directo, respecto del resultado de muerte bastaría con el dolo eventual.¹⁶⁰ María, al tirar a Manolo por la borda del barco, se asegura de que éste no tenga ninguna posibilidad de defenderse y evita una posible reacción por su parte, concurriendo así dolo directo respecto de la circunstancia de alevosía; además, al tirarlo por la borda, quizás no pretende directamente su muerte, pero sabe que es muy probable que ésta se produzca debido al riesgo que supone caer al mar tras haber sido golpeado en la cabeza y, aún así, continúa la acción sin importarle la causación de su muerte; de manera que, respecto de la muerte, existió dolo, al menos, eventual, puesto que el dolo eventual no se excluye por la esperanza de que no se producirá el resultado, o porque éste no haya sido deseado por el autor.¹⁶¹

4.º que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada del "modus operandi", conscientemente orientado a aquellas finalidades. El hecho de que María tire a Manolo por la borda del barco constituye una manifestación de la llamada alevosía sorpresiva, puesto que, aunque el clima en que se produjo la agresión era probablemente tenso debido a la confesión de Manolo, no existen datos que nos permitan afirmar que existía una pelea o discusión violenta; ello unido a la relación de afectividad existente entre ambos pone de manifiesto que Manolo no podía esperarse que María lo tirase al mar, de manera que el ataque de María es sin previo aviso, a traición, suprimiendo cualquier posibilidad de defensa por parte de Manolo.¹⁶²

Hay que tener en cuenta que la agresión de María se produce a consecuencia de una "inmensa sensación de ira y obcecación", previendo el art. 21.3º CP como circunstancia atenuante el obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. El TS ha afirmado al respecto que mediante esta atenuante se da entrada a aquellas situaciones emocionales en las que el autor, sin llegar a perder el control de sus actos, se ve sometido a una presión espiritual que le impulsa a actuar. La obcecación ha sido definida como un estado de ceguera u ofuscación caracterizado por la prolongación de la explosión pasional que representa, la cual constituye una reacción emocional capaz de reducir la capacidad del autor para contener los impulsos que le han llevado a delinquir de una manera comprensible. No obstante, es evidente que en toda situación de acometimiento personal, provocada por una discusión previa en la que, sin solución de continuidad, de las palabras se pasa a los hechos, el acaloramiento como situación pasional es de todo punto concurrente con situaciones de tensión, ofuscación e incluso de cierto descontrol anímico, como sucede en las riñas mutuamente aceptadas. Por ello, cualquier reacción colérica o pasional no puede constituirse en atenuante, de manera que, para su apreciación, es necesario que concurran dos requisitos: por un lado, la existencia de una

¹⁶⁰ FJ 2º STS 17/05/2007 [JUR\2007\141839].

¹⁶¹ STS 23/04/1992 [RJ\1992\6786] "Caso de la colza".

¹⁶² El TS ha admitido la alevosía en supuestos de saltos cualitativos en la discusión inesperados para la víctima y cuando la agresión es alevosa desde el principio y sitúa a la víctima en una situación de indefensión de la que no puede recuperarse a lo largo del ataque. FJ 3º STS 10/12/2009 [JUR\2010\42698].

causa o estímulo importante que permita explicar, aunque no justificar, la reacción delictiva, debiendo existir cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción; y por otro, que el estímulo proceda del comportamiento precedente de la víctima y produzca una alteración en el estado de ánimo de del sujeto.¹⁶³

En el caso concreto a analizar consideramos que no cabe apreciar la atenuante de obcecación pues aunque María agredió a Manolo ante una inmensa sensación de ira y obcecación debido a la confesión de este último de querer poner fin al matrimonio, el TS ha considerado que la decisión de ruptura de relaciones sentimentales no tiene una suficiencia relevante como para ocasionar un estado pasional¹⁶⁴. No obstante, sí cabe apreciar la circunstancia mixta de parentesco contemplada en el art. 23 CP en su condición de agravante puesto que María y Manolo estaban vinculados por relación matrimonial.¹⁶⁵

Por todo lo expuesto, consideramos que María cometió un delito de asesinato en grado de tentativa, puesto que finalmente la muerte de Manolo no se produjo¹⁶⁶, concurriendo la circunstancia de alevosía y castigado en virtud del art. 139 CP con la pena de prisión de 15 a 20 años, concurriendo además otra circunstancia agravante más, en este caso la de parentesco (art. 23 CP).¹⁶⁷

Por lo que respecta a la validez de las intervenciones telefónicas, dado que el supuesto de hecho no ofrece ningún dato al respecto, presuponemos que la intervención telefónica efectuada para investigar a Marcial por un delito de tráfico de drogas ha sido autorizada con cumplimiento de todos los requisitos exigidos legalmente y explicados con anterioridad. Partiendo de ello, analizaremos si dicha intervención telefónica es válida como prueba para investigar el delito de asesinato cometido por María y hallado casualmente a través de la misma.

En primer lugar, conviene aclarar que, aunque María no está investigada por el delito para el cual se autorizó la intervención telefónica, la jurisprudencia ha reiterado que el descubrimiento casual puede afectar a terceras personas no imputadas en el procedimiento, con independencia de que sean titulares o no del teléfono intervenido, sin que ello suponga indeterminación subjetiva de la medida, puesto que la autorización judicial cubre las comunicaciones realizadas por el teléfono intervenido, aunque lo utilicen otras personas no mencionadas en la resolución autorizante¹⁶⁸.

En segundo lugar, el hecho ocasionalmente descubierto, es decir, el asesinato de Manolo cometido por María, no guarda conexión con el que es objeto de instrucción, el tráfico de drogas, puesto que no se trata de ninguno de los supuestos de conexidad contemplados en el art. 17 LECrim¹⁶⁹, produciéndose así una novación del tipo penal.

¹⁶³ FJ 3º STS 25/03/2004 [RJ\2004\3641]; FJ 3º STS 10/12/2009 [JUR\2010\42689] y FJ 1º STS 7/04/2016 [JUR\2016\117393].

¹⁶⁴ FJ 3º STS 20/06/1997 [RJ\1997\4991].

¹⁶⁵ FJ 12º STS 10/02/2016: la circunstancia mixta de parentesco se aplica en su condición de agravante cuando se trate de delitos contra las personas en atención a las obligaciones que resulten de las relaciones parentales.

¹⁶⁶ Art. 16.1 CP: Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. De acuerdo con el art. 62 CP a los autores de tentativa se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

¹⁶⁷ De acuerdo con el art. 66.1.7º CP, en la aplicación de la pena, cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena.

¹⁶⁸ FJ 1º STS 8/02/2012 [RJ\2012\ 10144]; Pág. 128 CFGE 1/2013.

¹⁶⁹ No existe conexión entre el delito de tráfico de drogas y el asesinato casualmente descubierto porque no son delitos cometidos por dos o más personas reunidas ni ha precedido concierto para su

Por lo tanto, cuando la Policía Judicial detectó la conversación telefónica en que María confiesa a su amiga Sara que golpeó fuertemente a Manolo en la cabeza y posteriormente lo tiró por la borda del barco, debió comunicar tal hallazgo casual al Juez Instructor que autorizó la intervención telefónica, entregándole las cintas originales y los atestados en que se encuentra transcrita la conversación para que él mismo comprobara la diligencia de actuación. A continuación, el instructor debió examinar las normas de competencia territorial y, en su caso, las de reparto, para determinar si era competente para conocer del nuevo delito descubierto, de manera que, si el Juez Instructor no era competente, debió dar traslado al Juez competente. Una vez determinada la competencia, el juez debió realizar el correspondiente juicio de especialidad y proporcionalidad respecto del nuevo delito descubierto, es decir: comprobar la diligencia de actuación y valorar si el delito descubierto es suficientemente grave como para justificar la injerencia. En este caso, el delito descubierto es un asesinato, castigado con una pena de prisión de 15 a 20 años¹⁷⁰ y considerado como grave, por lo que constituye uno de los supuestos que justifican la adopción de la intervención telefónica. Por lo tanto, el juez debió dictar un auto en el que autorizara la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa en la que se prosiguiera una nueva investigación distinta de la del delito de tráfico de drogas, iniciándose así el correspondiente proceso para investigar el delito de asesinato.

Por el contrario, si la Policía Judicial no pusiera en conocimiento del Juez Instructor el hallazgo del delito de asesinato para que éste iniciara una nueva investigación e incoara el correspondiente procedimiento, las escuchas telefónicas carecerían de validez y no podrían ser utilizadas como medio de prueba para acusar a María de haber asesinado a su primer marido, Manolo, puesto que se vulneraría el principio de especialidad.

En conclusión, las intervenciones telefónicas no son válidas para acusar a María por un delito de asesinato, sino que únicamente constituyen *notitia criminis* y sirven como prueba para abrir una nueva investigación dirigida a determinar la responsabilidad penal de María.

3. Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y contra Elisa, así como la vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María.

En primer lugar, vamos a analizar el comportamiento agresivo que Marcial ostenta contra su cónyuge María. El supuesto de hecho relata que María recibe varias palizas de Marcial además de un continuo maltrato psicológico durante su matrimonio, lo que pone de manifiesto que es víctima de un delito de violencia de género habitual tipificado en el art. 173.2 CP y castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 a 5 años. Además, lleva aparejado como pena accesoria la orden de alejamiento contemplada en el art. 48.2 CP por un tiempo que no excederá de 5 años.¹⁷¹

Para poder afirmar que se trata de un delito de violencia de género habitual es necesario que concurren dos circunstancias: 1.º que la violencia se ejerza sobre quien sea o haya

comisión, no se han llevado a cabo para perpetrar otros delitos o facilitar su ejecución, ni para procurar la impunidad de otros, ni tampoco se han ocasionado lesiones o daños recíprocos, ni se trata de delitos de favorecimiento real o personal, ni de blanqueo de capitales.

¹⁷⁰ Actualmente el delito de asesinato está castigado con la pena de 20 a 25 años, pero, en aplicación del principio de irretroactividad de las normas penales, hay que aplicar la ley vigente en el momento de los hechos (30 de junio de 2007), pues la ley actual es desfavorable al reo.

¹⁷¹ Arts. 57.2, 13.2 y 33.3 CP.

sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia (art. 173.2 CP); 2.º que la violencia física o psíquica sea habitual, considerándose que existe habitualidad cuando, en atención a la relación entre al autor y la víctima y la frecuencia con la que las agresiones se producen, se ha creado un estado permanente de violencia que afecta a la estructura básica de la convivencia desde el respeto y la dignidad de la persona en la que existe una situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja¹⁷²

En el caso concreto a analizar concurren los dos requisitos: por un lado María y Manolo están casados desde el 17 de agosto de 2009; y, por otro, la violencia es habitual, requisito que queda acreditado no sólo por las numerosas palizas que María recibe de Marcial, sino también porque los comportamientos violentos y el maltrato psicológico son continuos, lo que se pone de manifiesto con las numerosas e increpantes llamadas que María recibe de Marcial cuando sale con sus amigas, así como el control que aquél ejerce sobre las llamadas que María realiza y su vocabulario violento al dirigirse hacia ella.

El art. 173.2 CP contiene una cláusula según la cual la violencia física o habitual será castigada "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos". El TS se ha pronunciado al respecto y ha afirmado que esta cláusula establece un concurso real de delitos, y es de aplicación preferente respecto de la prevista en el art. 177 CP por razón de su especialidad.¹⁷³ Por ello, a continuación analizaremos las sucesivas agresiones sufridas por María para poder determinar la responsabilidad en que incurre Marcial a consecuencia de las mismas.

En la primera de las agresiones, de fecha de enero de 2010, Marcial le propina un fuerte golpe en la cara a María que le produce un importante derrame en el ojo derecho. Para poder determinar si esta agresión es constitutiva de un delito de lesiones tipificado en el art. 148.4º CP o una agresión leve tipificada en el art. 153.1 CP, es necesario saber si María necesitó para la curación del ojo tratamiento médico o quirúrgico, además de una primera asistencia facultativa o, si por el contrario, ni siquiera requirió asistencia facultativa; sin embargo, el supuesto de hecho nada nos dice el respecto. En atención a la jurisprudencia¹⁷⁴, lo habitual es que para la curación del derrame sea suficiente una primera asistencia facultativa. Por lo tanto, esta agresión constituye una agresión no definida como lesión tipificada en el art. 153.1 CP y castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años.

La segunda de las agresiones se produce en el mes de marzo, y durante la misma Marcial le propina dos puñetazos en la barriga a María estando embarazada de Elisa. Como consecuencia de esta agresión, María no sufre lesión alguna, ni necesita de asistencia facultativa, de manera que los puñetazos son constitutivos de un delito de maltrato de obra tipificado en el art. 153.1 CP.

El 29 de septiembre de 2012 se produce una nueva agresión que provoca que María tenga que ser intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y brazo. Estas lesiones, al requerir para su curación tratamiento quirúrgico, sí son constitutivas

¹⁷² FJ 2º STS 27/04/2016 [RJ\2016\1707].

¹⁷³ FJ 2º STS 27/04/2016 [RJ\2016\1707].

¹⁷⁴ FJ Único STS 22/05/2014 [JUR\2014\182772].

de delito, y por lo tanto constituyen un delito de lesiones agravadas del art. 148.4º CP. Además, María sufrió cicatrices en la cara derivadas de los golpes. El TS ha considerado que las cicatrices en la cara pueden ser consideradas como deformidad cuando supongan una irregularidad física, visible y permanente, y constituyan una desfiguración o fealdad ostensible a simple vista con suficiente entidad cuantitativa para modificar peyorativamente el aspecto físico del afectado, sin que lo excluya la posibilidad de su eliminación por medio de una operación de cirugía reparadora.¹⁷⁵ No obstante, excluye aquella alteración o secuela que, aún siendo física, indeleble y sensible, carezca de importancia por su escasa significación antiestética. Por lo tanto, si las cicatrices tienen entidad suficiente como para conformar el concepto de deformidad, constituirían un delito de lesiones agravadas del art. 150 CP; de lo contrario, las cicatrices quedarían absorbidas por las lesiones causadas en el hígado y bazo.

Durante la agresión ocurrida en diciembre de 2012, Marcial le propina tres golpes en el estómago a María, los cuales constituyen un delito de maltrato de obra tipificado en el art. 153.1 CP, pues no se produce lesión alguna. El TS ha afirmado que, para que la alteración psíquica que padece la víctima como consecuencia de un delito violento constituya un delito autónomo, es necesario que esté claramente determinada y exceda de lo que pudiera considerarse resultado típico de la agresión, siendo lo relevante que sea necesario para su curación la prescripción de tratamiento por un médico; de lo contrario, la alteración psíquica quedará consumada en el delito de agresión.¹⁷⁶ En el supuesto de hecho, como consecuencia de la agresión, María tiene que ser sedada debido a la profunda e incontrolable ansiedad que padece, que le produce un infarto al corazón; lo que pone de manifiesto que el estrés postraumático que sufrió excede de la alteración anímica normal derivada de un delito violento. Por lo tanto, respecto de esta agresión cabe apreciar un concurso ideal de delitos entre un delito de maltrato de obra del art. 153.3 CP, ya que se produce en presencia de Elisa, y un delito de lesiones agravadas por del art. 149 CP, pues como consecuencia de las mismas sufrió un infarto. En segundo lugar, respecto a la agresión sufrida por Elisa, el supuesto no relata si ésta necesitó asistencia facultativa o tratamiento médico para la curación del derrame, ni tampoco si ha presenciado el continuo maltrato al que su padre sometía a su madre, de manera que, remitiéndonos a la explicación anteriormente ofrecida sobre el derrame, cabe calificar la agresión como un delito de maltrato ocasional, tipificado en el art. 153.2 CP.

Por último, hay que señalar que Marcial es una persona drogodependiente y, tras la última agresión, dio positivo en cocaína y 0.75 ml de alcohol en aire aspirado; además, decidió voluntariamente ingresar en una clínica, con expresa voluntad de desintoxicarse. En relación a la drogodependencia, el TS ha afirmado que el consumo habitual de drogas no es suficiente para aplicar la atenuante del art. 20.2 CP, sino que es necesario que se acredite la influencia de las mismas sobre las facultades intelectivas y volitivas del sujeto en el momento de la comisión del delito.¹⁷⁷ En el caso concreto se dice que Marcial dio positivo en cocaína y se afirma que es drogodependiente, sin embargo no se ofrece ningún dato que permita acreditar que en el momento de la agresión concurriera una especial limitación de las facultades de Marcial que repercutiera en su culpabilidad,

¹⁷⁵ FJ 7º STS 01/03/2002 [RJ\2002\4118].

¹⁷⁶ FJ 4º STS 16/07/2003 [RJ\2003\6191].

¹⁷⁷ FJ 3º STS 12/05/2016 [RJ\2016\1956].

de manera que no cabe apreciar la atenuante de drogodependencia. Respecto de la atenuación por embriaguez, el TS ha declarado que, para que ésta se pueda aplicar es necesario que su influencia sea de tal entidad que aminore considerablemente la capacidad de ilicitud del hecho, o de actuar conforme a esa comprensión, debiendo producir una sensible obnubilación en la capacidad del sujeto para comprender el alcance de sus actos. En el supuesto de hecho no se aclara si Marcial estaba afectado por el consumo de alcohol en el momento de la agresión pero, teniendo en cuenta que la tasa máxima de alcohol permitida para los conductores es de 0.25mg/l aire espirado y que Marcial dio una tasa de 0.75 mg/l aire, se puede afirmar que su capacidad de autoinhibición y sus facultades psíquicas estaban afectadas, al menos, levemente.¹⁷⁸ Por lo tanto, cabe apreciar la atenuante del art. 21.1º CP, en relación al art. 20.2º CP. Respecto al ingreso en la clínica de desintoxicación, el TS ha declarado que la atenuante de reparación del daño del art. 20.5º CP no sólo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, sino que también comprende la reparación moral o simbólica, admitiendo como tal el ingreso en clínicas de desintoxicación, pues se considera que la protección de la víctima no es un interés estrictamente privado, sino de toda la comunidad.¹⁷⁹ Por lo tanto, si Marcial ingresó en la clínica antes de la celebración del juicio oral, cabe apreciar la atenuante por reparación del daño causado a la víctima.

En relación a la orden de alejamiento, la misma está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito de la violencia doméstica y de género con una doble naturaleza: por un lado, como medida cautelar, la cual se podrá adoptar cuando, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta de los mencionados en el art. 544 ter LECrim, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de la medida para su protección; y, por otro, como pena accesorio, estableciendo el art. 57 CP que, en los casos de violencia doméstica y de género la imposición de la orden de alejamiento como pena accesorio no será potestativa para el Juez, sino que se impondrá en todo caso.

Tras la primera denuncia, María solicitó una orden de alejamiento, pero, sin embargo, en diciembre del 2012, retomó la convivencia con Marcial pese a que la orden de alejamiento seguía vigente. Como ya hemos señalado, uno de los principales problemas que suscita la orden de alejamiento en el ámbito de la violencia de género se produce cuando ésta es incumplida a instancia de la propia mujer protegida o, al menos, con su consentimiento. Y ello se debe fundamentalmente a que el 544 bis LECrim, regulador de la orden de alejamiento, y el 468 CP, regulador del delito de quebrantamiento de condena, no hacen referencia expresa a las consecuencias que tiene el incumplimiento cuando éste es consentido; además, el criterio seguido por el TS al respecto no ha sido unánime, considerando en algunos casos que el consentimiento de la mujer evidencia la falta de necesidad de la medida y por lo tanto se rechazaría el delito de quebrantamiento de condena (STS 7380/2005); y diferenciando en otros casos las consecuencias del incumplimiento según se trate de medida cautelar o de pena accesorio (STS 5323/2007). No obstante, el Alto Tribunal, en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2º de 28 de noviembre de 2008, acordó que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP. A partir de este acuerdo no jurisdiccional, el TS ha venido

¹⁷⁸ STS 24/04/2016 [RJ\2016\1709].

¹⁷⁹ FJ 3º STS 10/02/2016 [RJ\2016\240].

aplicando este criterio, resultando indiferente si la orden de alejamiento se impone como medida cautelar, o como pena accesoria, basándose en la idea clave de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal; principio que solo se exceptúa cuando la ley expresamente así lo prevé para delitos privados.¹⁸⁰

Por lo tanto, la vuelta a la convivencia de María y Marcial constituye un incumplimiento de la orden de alejamiento, puesto que la misma seguía vigente. Por ello cabe entender que Marcial comete un delito de quebrantamiento de condena tipificado en el art. 468.2 CP y castigado con la pena de prisión de 6 meses a 1 año, siendo irrelevante el consentimiento de María, puesto que el consentimiento de la mujer protegida no excluye la punibilidad.

En cuanto a la responsabilidad en que pudiera incurrir María, el TS no se ha pronunciado al respecto, pero el MF ha acordado no promover acusación alguna contra la mujer que consiente, puesto que considera que en estos casos no se puede afirmar ni la autoría por inducción, ni la cooperación necesaria.¹⁸¹

4. Examinar la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo, con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam. Especificar qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado.

En primer lugar, es preciso aclarar que el auto que deje sin efecto la declaración de fallecimiento, si bien no invalida el testamento, salvo que concurran los requisitos determinantes de su nulidad (arts. 737-743 CC), también deja sin efecto el acta de notoriedad en virtud de la cual el heredero acepta la herencia.¹⁸²

En segundo lugar, en cuanto a la venta de los inmuebles realizada por María a Eustaquio y a Miriam, respectivamente, éstas son válidas por dos motivos:

1.º De conformidad con el art. 609 CC, la propiedad se adquiere por la sucesión, si bien sólo de aquellos bienes de los que el causante era propietario. María era la heredera universal de Manolo, de manera que al aceptar la herencia adquiere la propiedad de los dos inmuebles. Por lo tanto, no existe venta de cosa ajena, pues ésta exige que el vendedor no sea propietario en el momento en que se celebra el contrato por no hallarse la cosa dentro de su esfera dominical; en cambio, María sí era la propietaria de los bienes en virtud del título sucesorio.

2.º No concurre ninguna de las restricciones a la libertad de disposición de María establecidas por el art. 196 CC, puesto que no se trata de disposición a título gratuito ni de entrega de legados.

En virtud del art. 197 CC, Manolo tiene derecho a recobrar sus bienes en el estado en que se encuentren, pudiendo reclamar el precio de los que se hubieran vendido o los bienes que con ese precio se hubieran adquirido. En relación a esta acción de recobro, que el legislador reconoce al reaparecido, la doctrina se ha planteado dos cuestiones: la naturaleza y el carácter de esta acción. Por lo que a la naturaleza se refiere, la doctrina mayoritaria considera que la acción de recobro, contemplada en el art. 197 CC no constituye una acción de petición de herencia, ni una acción reivindicatoria, puesto que, ni se reclama un patrimonio hereditario, ni la causa de pedir es la mejor titularidad hereditaria, de manera que la acción contemplada en el citado precepto es una "acción sui generis" que el legislador reconoce al reaparecido para la recuperación de sus

¹⁸⁰ STS 29/01/2009 [RJ\2009\819]; STS 10/03/2016 [JUR\2016\76154].

¹⁸¹ CFGE 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección.

¹⁸² AAP Las Palmas de Gran Canaria 23/03/2009 [JUR\2009\248605].

bienes. No obstante, la naturaleza de esta acción de recobro carece de importancia en la práctica procesal, puesto que no se exige que el reaparecido precise la acción que quiere ejercitar, bastando con que Manolo invoque el art. 197 CC, en virtud del cual el legislador ha reconocido su derecho para recuperar su patrimonio. Respecto del carácter de la acción de recobro, el mismo es subsidiario y no alternativo, por lo que, dado que los bienes de su patrimonio han sido vendidos por su sucesora, Manolo sólo puede exigir el precio que María ha obtenido con la venta de los dos inmuebles, y, en el caso de que María no disponga de dinero líquido debido a que lo ha invertido en la adquisición de otros bienes, Manolo podrá reclamar estos bienes.

Por todo ello, en virtud del art 197 CC, Manolo podrá reclamar 120.000€, la mitad del precio obtenido por María por la venta de la casa que tenían en común al 50%, puesto que con la disolución del vínculo matrimonial efectuada por la declaración de fallecimiento, se disuelve también la sociedad de gananciales (art. 1392.1º CC); y, 175.000€ procedentes de la venta realizada por María a su amiga Miriam de la casa que Manolo poseía de manera privativa. Si bien es cierto que esta casa estaba valorada en 250.000€ y se vendió por 175.000€, consideramos que Manolo sólo tiene derecho a reclamar el precio de la venta, puesto que, aunque el art. 197 reconoce que el reaparecido tiene derecho a recuperar sus bienes, el propio precepto establece que este derecho está limitado "al estado en que se encuentren", de lo que se deduce que, salvo que concurra mala fe, en cuyo caso resultaría de aplicación el art. 457 CC, el reaparecido sólo tiene derecho a reclamar el precio efectivamente percibido por el vendedor, no pudiendo reclamar los perjuicios o deterioros padecidos. En el caso concreto a analizar consideramos que María ha actuado de buena fe, pues no se puede acreditar que vendiera la casa por un precio inferior a su valor con la directa intención de perjudicar a Manolo, pues, tal y como confesó a su amiga durante una intervención telefónica, creía que lo había matado.

En cuarto lugar, en relación a la cuenta bancaria, María y Manolo eran los titulares de una cuenta de 65.000€, y en el momento de la reaparición de Manolo sólo hay 15.000€. Dado que no se especifica nada, entendemos que se trata de una cuenta corriente y, por lo tanto, aunque hay dos titulares, rige el principio de operatividad indistinta sobre la misma, de manera que, tanto María como Manolo, por sí solos, pueden realizar cualquier tipo de operación, retirando las cantidades que deseen, sin que exista un límite de disposición sobre la misma, con la única excepción de la operación de cancelación de la cuenta, en cuyo caso será preciso la firma de ambos.¹⁸³ Por lo tanto, ya que no existía ningún límite a la libertad de disposición de María sobre la cuenta, resulta de aplicación el art. 197 CC, en virtud del cual Manolo podrá exigirle a María 7.500€; es decir, la mitad de la cantidad dineraria, pues ambos eran titulares de la cuenta y Manolo sólo tiene derecho a reclamar la cantidad de dinero que se encuentre en la cuenta en el momento de su reaparición.

No obstante, hay que tener en cuenta que María intentó matar a Manolo tirándolo por la borda del barco y como consecuencia fue acusada de asesinato. El art. 756.2º CC contempla como causa de indignidad para suceder el haber sido condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, estableciendo además el art. 758.2 CC que para calificar la capacidad del heredero se esperará a que se dicte la sentencia firme. Por lo tanto, para que concurra causa de indignidad, es necesario que exista una sentencia condenatoria y que, además, ésta sea firme, requisito que no concurre en el supuesto de hecho pues María no ha sido condenada por asesinato, sino tan sólo acusada.

¹⁸³ Ver anexo 10: Correo electrónico Subdirectora Oficina Caixabank Plaza de España, A Coruña.

El CC prevé en su art. 760 CC la posibilidad de que el heredero, a pesar de ser incapaz de suceder por incurrir en él causa de indignidad, efectivamente adquiera la posesión de los bienes hereditarios. Si ello ocurre, quedará obligado a restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido. No obstante, el art. 762 CC dispone que no podrá deducirse acción para declarar la incapacidad transcurridos 5 años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia, entendiéndose que la posesión de los bienes hereditarios se transmiten al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante.

Por tanto, como ya hemos aclarado, no existe sentencia firme que condene a María por intentar asesinar a Manolo, de manera que no se la puede considerar indigna de suceder; no obstante, en el caso de que finalmente María sea condenada, ya habrán transcurrido más de 5 años desde que está en posesión de los bienes hereditarios, pues se entiende que está en posesión desde la fecha de muerte que establece la declaración de fallecimiento, que será el día siguiente de la terminación del plazo establecido por la ley (art. 195 CC), es decir, 9 meses después de la fecha en que tuvo lugar el accidente en el mar (30 de marzo de 2008).

En el caso de que María fuera declarada indigna, y no hubiera transcurrido el plazo de prescripción de 5 años que establece la ley para exigirle la restitución de los bienes hereditarios, estaríamos ante un supuesto de venta de cosa ajena, pues habría vendido los inmuebles sin ser la propietaria de los mismos.

La jurisprudencia del TS ha reconocido la validez de la venta de cosa ajena en base al carácter consensual y obligacionista que tiene la compraventa en nuestro ordenamiento, en virtud del cual la propiedad no se transmite en el momento de celebración del contrato, sino que tiene lugar en un momento ulterior mediante la entrega o *traditio*, no existiendo además ningún precepto que disponga que quien vende tiene que ser el propietario de la cosa vendida.¹⁸⁴ No obstante, si en el momento de la entrega de la cosa persiste la ajenidad de la misma, la exigencia de que el *tradens* sea el dueño para que pueda transmitir válidamente su propiedad determina que la entrega de la cosa no pueda tener eficacia real.¹⁸⁵ Para estos casos, la ley prevé medios extraordinarios de adquisición: por un lado, el art. 34 LH, en virtud del cual el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro; y por otro, la prescripción adquisitiva.

En conclusión, para el caso de que existiera venta de cosa ajena hay que distinguir, por un lado, la responsabilidad de María frente a Manolo; y, por otro, la responsabilidad de aquélla frente a Miriam y Eustaquio. En cuanto a la primera, Manolo podría exigirle la restitución de la totalidad de los bienes hereditarios y, como es el caso, si ello no fuera posible por no encontrarse los mismos en el patrimonio de María, lo que reste de la herencia, más la indemnización que corresponda hasta completar el total del valor originario (art.760 CC); en cuanto a la segunda, la venta se considerará válida si concurren los requisitos del art. 34 LH, es decir, si se trata de una transmisión a título oneroso y si los adquirentes han actuado de buena fe, confiando en la apariencia de heredero por su inscripción como tal en el Registro, o si ha transcurrido el tiempo necesario para adquirir la propiedad por usucapión.¹⁸⁶

¹⁸⁴ STS 14/04/2000 [RJ\2000\3376].

¹⁸⁵ Seoane Spiegelberg, J.L.: *El tratamiento jurisprudencial de la nulidad y anulabilidad del contrato de compraventa y análisis de su problemática procesal*. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2006. Pág. 9.

¹⁸⁶ Lasarte, C.: *Derecho de Sucesiones*. Madrid, Marcial Pons, 2008. Págs. 39,40,313 y 314.

VIII. Bibliografía.

- Contreras, P.: *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*. Madrid, Colex, 2008.
- Copello, L.: *Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada*. Instituto Andaluz de la Mujer, 2003.
- Corral Talchiani, H.: *La declaración de fallecimiento*. Madrid, Tecnos, 1991.
- De Castro y Bravo, F.: *Derecho Civil de España. Tomo II*. Madrid, Civitas Ediciones, 2008.
- De Urbano Castrillo, E y Torres Morato, M.A.: *La prueba ilícita penal*. Navarra, Thomson Reuters, 2010.
- Del Moral García: *Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- Ferrer Ortiz, J.: *La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesíásticas en el Derecho español*. Ius et Praxis, 2008.
- García- Berrio Hernández, T.: *Medidas de protección de la mujer ante la violencia de género. Claves para la igualdad*. Madrid, Grupo Fusión, 2008.
- Gil Ruiz, J.M.: *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Madrid, Dykinson, 2007.
- Gimeno Sendra, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.
- AAVV González Cussac, J.L. (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo blanch, 2015.
- Gorjón Barranco, M.C.: *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*. Madrid, Iustel, 2013.
- Guinea Fernández, D.R.: *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. Madrid, La Ley, 2011.
- AAVV Jiménez Díaz, M.J. (coord.): *La ley integral: un estudio multidisciplinar*. Madrid, Dykinson, 2009.
- Lasarte, C.: *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Lasaste, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Lasarte, C.: *Derecho de Sucesiones*. Madrid, Marcial Pons, 2008.
- López Frago Álvarez, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid, Colex, 1991.
- Martínez Jiménez, J.: *Derecho Procesal Penal*. Tecnos, Madrid, 2015.
- Miranda Estrampes, M.: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona, Bosch, 1999.
- Ogayar y Ayllón, T.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1985.
- Polaino Navarrete, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, Tecnos, 2010.
- Ramón Ribas, E., Arrom Loscos, R., Nadal Gómez, I.: *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*. Madrid, Dykinson, 2009.
- Raguçes y Vallés, R.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona, Atelier, 2011.
- Romeo Casabona, C. M.: *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Granada, Comares, 2004.

AAVV Sánchez Calero, F.J. (coord.): *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*. Valencia, Tirant lo blanch, 2009.

Scaevola. Q.M.: *El Código Civil comentado y coordinado por Orrtega y Lorca, F.* Madrid, Reus, 1942.

Seoane Spiegelberg, J.L.: *El tratamiento jurisprudencial de la nulidad y anulabilidad del contrato de compraventa y análisis de su problemática procesal*. Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

Serrano y Serrano, I.: *La ausencia*. Madrid., Revista de Derecho Privado, 1943

AAVV Villacampa Estiarte, C. (coord.): *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Valencia, Tirant lo blanch, 2008.

IX. Índice cronológico de las disposiciones citadas.

- *Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881.*
Arts. 63.24^a, 2031 a 2047.
- *Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882.*
Arts. 17, 544 bis, 579, 579 bis, 588 bis, 588 ter, 588 quater.
- *Código Civil, de 24 de julio de 1889.*
Arts. 85, 181, 182, 183 a 197, 457, 609, 737 a 743, 756, 758, 760, 762, 988, 1392.
- *Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946.*
Art. 34.
- *Reglamento Hipotecario, de 14 de febrero de 1947.*
Arts. 89
- *Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.*
Art. 12.
- *Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950.*
Art. 8.
- *Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957.*
Arts. 25, 46 y 88.
- *Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958.*
Art. 1792.
- *Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.*
Art. 17.
- *Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.*
Arts. 9, 14, 15 y 18.
- *LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.*
Art. 18.
- *Código Penal, de 23 de noviembre de 1995.*
Arts. 7, 11, 13, 16, 20, 21, 22, 23, 33, 48, 57, 62, 66, 83, 84, 88, 138, 139, 140, 142, 147, 148, 149, 150, 153, 173, 175, 177, 197, 198, 202, 468, 536, 617.
- *Carta de Derechos Fundamentales de la UE, de 7 de diciembre de 2000.*
Art.7.
- *Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000.*
Art. 385.
- *LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.*
Arts. 1 y 64.
- *Ley 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento igualitario de la violencia de género.*
Exposición de motivos.
- *RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.*
Art. 9.
- *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.*
Disposición Final 1^a, arts. 66 a 77.

X. Jurisprudencia citada.

– Sentencias Tribunal Supremo.

ATS 18/06/1992 [RJ\1992\6102])
STS 23/04/1992 [RJ\2009\6783]
STS 20/06/1997 [RJ\1997\4991]
STS 12/02/2000 [RJ\2000\945]
STS 14/04/2000 [RJ\2000\3376]
STS 12/02/2001 [RJ\2001\1256]
STS 01/03/2002 [RJ\2002\4118]
STS 16/07/2003 [RJ\2003\6191]
STS 01/09/2003 [RJ\2003\6198]
STS 29/09/2003 [RJ\2003\8485]
STS 11/12/2003 [RJ\2003\9473]
STS 22/01/2004 [RJ\2004\1118]
STS 12/02/2004 [JUR\2004\63497]
STS 18/02/2004 [RJ\2004\1104]
STS 25/03/2004 [RJ\2004\3641]
STS 01/10/2007 [RJ\2007\5471]
STS 17/05/2007 [JUR\2007\141849]
STS 14/05/2008 [RJ\2008\4073]
STS 11/11/2008 [RJ\2009\35]
STS 18/11/2008 [RJ\2008\5924]
STS 17/12/2008 [RJ\2009\793]
STS 29/01/2009 [RJ\2009\819]
STS 12/05/2009 [RJ\2009\4861]
STS 10/12/2009 [RJ\2010\2043]
STS 10/12/2009 [RJ\2009\35]
STS 10/12/2009 [JUR\2010\42698]
ATS 10/12/2009 [JUR\2010\42698]
STS 29/04/2010 [RJ\2010\5562]
STS 23/12/2011 [RJ\2012\1932]
STS 29/11/2011 [RJ\2012\1810]
STS 08/02/2012 [RJ\2012\10144]
STS 22/02/2012 [RJ\2012\2668]
STS 22/07/2012 [RJ\2012\8403]
STS 14/03/2013 [RJ\2013\3507]
STS 23/07/2013 [RJ\2013\5589]
STS 22/05/2014 [JUR\2014\182772]
STS 15/01/2015 [JUR\2015\80954]
STS 11/02/2015 [RJ\2015\782]
STS 10/02/2016 [RJ\2016\509]
STS 10/03/2016 [RJ\2016\1102]
STS 22/02/2016 [RJ\2016\552]
STS 31/03/2016 [JUR\2016\81545]
STS 07/04/2016 [JUR\2016\117393]
STS 14/04/2016 [JUR\2016\104823]
STS 24/04/2016 [RJ\2016\1709]
STS 27/04/2016 [RJ\2016\1946]
STS 12/05/2016 [RJ\2016\1956]

- Sentencias del Tribunal Constitucional:

STC 29/11/1988 [RTC\1988\227]

STC 18/07/2002 [RTC\2002\154]

STC 14/05/2008 [RTC\2008\59]

- Sentencias del Tribunal Europeo Derechos Humanos.

STEDH 18/02/2003 [TEDH\2003/6]

- Sentencias de las Audiencias Provinciales.

SAP Oviedo 06/06/2003 [JUR\2003\268479]

AAP Barcelona 16/11/2003 [JUR\2003\264850]

SAP Guipúzcoa 27/04/2006 [JUR\2006\152934]

AAP Madrid 06/11/2006 [JUR\2007\165504]

AAP Las Palmas de Gran Canaria 23/03/2009 [JUR\2009\248605]

XI. Anexos.

1. Formulario de solicitud de declaración de fallecimiento.



Solicitud de declaración de fallecimiento. FOR\2012\1751

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE

D./Dª , Procurador/a de los Tribunales, en nombre y representación de D./Dª , mayor de edad, de profesión , con domicilio en , calle , nº , pta. , que actúa en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad , cuya representación acredito mediante apoderamiento apud acta otorgado ante el Secretario judicial de (o bien: "representación que acredito mediante copia de poder que ruego me sea devuelta una vez testimoniada"), comparezco en este JUZGADO con la asistencia del Letrado D./Dª , del Ilustre Colegio de Abogados de , y DIGO:

Aunque en virtud del art. 68.4 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en la tramitación del presente expediente no es preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, el art. 3.2, segundo inciso de la citada ley establece que las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente, como se hace en la presente solicitud.

Que por medio del presente escrito y en la representación que ostento, promuevo PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA PARA LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO de D./Dª , mayor de edad, casado/a, cuyo último domicilio conocido se encontraba en , calle , nº , pta. , con base en los siguientes

HECHOS:

PRIMERO .- PRIMERO.-D./Dª y D./Dª celebraron su matrimonio en , el día de de , encontrándose el mismo inscrito en el Registro Civil de , al Tomo , Página , tal y como se acredita mediante certificación expedida por el encargado de dicho Registro, que se acompaña como Documento nº

SEGUNDO .- SEGUNDO.-De dicho matrimonio nacieron hijos, llamados Se acompaña como Documentos nº y nº los correspondientes certificados de nacimiento de tales hijos, expedidos por el/los Registro/s Civil/es de

TERCERO .- TERCERO.- (Puede alegarse como causa por la que procede la declaración de fallecimiento, cualquiera de las contenidas en los artículos 193 y 194 del Código civil), D./Dª , cuya declaración de fallecimiento se solicita, se encontraba, por razones laborales, en , en fecha de de , cuando se produjo el tsunami que arrasó aquella zona y al que, por su gravedad, se dio un eco notable en los medios de comunicación. Se acompaña como Documento nº , escrito de la empresa para la que trabajaba como reportero gráfico (o labor que corresponda) el presunto fallecido cuando ocurrieron los hechos, para acreditar que se encontraba en el lugar y fecha indicados. Así mismo se acompaña, como Documento nº con el mismo fin, copia del correo electrónico, con imágenes adjuntas, que D./Dª remitió a su cónyuge pocos días antes de los trágicos sucesos y que lo sitúan en el lugar indicado en aquellas fechas.

Pero debe tenerse en cuenta que si la causa alegada fuese alguna de las contenidas en los apartados 2 y 3 del art. 194 CC, la competencia judicial varía y la legitimación activa se restringe, conforme a lo establecido en el art. 68 LJV.

CUARTO .- CUARTO.- Aunque el art. 193.Tercero del Código Civil tan sólo requiere que transcurran tres meses desde la desaparición en caso de siniestro, para que pueda declararse fallecido al sujeto, lo cierto es que ha transcurrido más de un año

desde que se produjo el citado tsunami, sin que se haya tenido noticias de D./Dª desde entonces.

Son aplicables a los referidos hechos los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

QUINTO .- I. COMPETENCIA. Es competente por razón del último domicilio conocido del presunto fallecido, el Juzgado al que me dirijo, conforme a lo previsto en los arts. 2 y 68 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al corresponder al último domicilio (o residencia) de la persona cuya declaración de fallecimiento se solicita.

SEXTO .- II. PROCEDIMIENTO. Deben seguirse en este asunto las normas sobre jurisdicción voluntaria contenidas en el art. 74 LJV.

Según establece el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, "Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la presente Ley".

SEPTIMO .- III. CAPACIDAD. Tiene mi mandante capacidad para promover este procedimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y ss LEC.

OCTAVO .- IV. LEGITIMACIÓN. La ostenta mi representado/a en su condición de cónyuge del presunto fallecido y padre/madre de los hijos comunes, como sujeto interesado en la declaración de fallecimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193 del Código Civil y en los arts. 68.2 y 74.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

NOVENO .- V. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA.-Aunque en virtud del art. 68.4 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en la tramitación del presente expediente no es preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, el art. 3.2, segundo inciso de la citada ley establece que las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente, como se hace en la presente solicitud.

DECIMO .- VI. DERECHO SUSTANTIVO.- Resultan aplicables los artículos 193 y siguientes del Código civil.

DECIMOPRIMERO .- VII. Iura novit curia y cuantas normas resulten procedentes.

En virtud de lo expuesto,

SUPlico AL JUZGADO : Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y copia de todo ello lo admita, teniendo por promovida por el Procurador que suscribe, con quien habrán de entenderse las sucesivas diligencias en nombre y representación de D./Dª , EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, a fin de declarar el fallecimiento de D./Dª , y previos los trámites legales oportunos, dicte el Letrado de la Administración de Justicia decreto por el que, estimando lo solicitado, declare a D.Dª fallecido/a como consecuencia de encontrarse desaparecido por tiempo superior al mínimo que exige la ley y causa amparada en el art. 193 del Código civil (o, en su caso, 194

del mismo Cuerpo legal), expresando la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con los efectos legales derivados de tal declaración, en especial la apertura de la sucesión en los bienes del declarado fallecido.

OTROSI DIGO PRIMERO: que se insta al Juzgado para que expida testimonio del referido auto para la inscripción del mismo en el Registro Civil.

OTROSÍ DIGO SEGUNDO: Que con el fin de probar la situación de desaparición de la persona cuya declaración de fallecimiento se solicita, se propone como testigos a las siguientes personas:

Se enumeran los testigos, haciendo constar sus datos identificativos y domicilio.

OTROSÍ DIGO TERCERO: Que por necesitar para otros usos la copia de escritura de poder para pleitos otorgada en favor de este Procurador que se presenta, solicito al Juzgado me sea devuelta tras dejar en autos testimonio de la misma.

En , a de de

Firma y número del Letrado	Firma del Procurador
----------------------------	----------------------

2. Formulario de revocación de la declaración de fallecimiento.



Solicitud de revocación de la declaración de fallecimiento. FOR\2012\1752

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE

D./D^a, Procurador/a de los Tribunales, en nombre y representación de D./D^a, mayor de edad, de profesión, con domicilio en, calle, nº, pta., cuya representación acreditaré mediante comparecencia apud acta cuando sea requerido para ello (o bien: "representación que acredito mediante copia de poder que ruego me sea devuelta una vez testimoniada"), comparezco en este JUZGADO con la asistencia del Letrado D. /D^a, del Ilustre Colegio de Abogados de, y DIGO:

Que por medio del presente escrito y en la representación que ostento, me persono en el procedimiento de declaración de fallecimiento de mi representado, autos núm. /, en solicitud de la REVOCACIÓN del decreto de fecha de de, dictado por el Letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado, por el que se le declara fallecido.

Esta solicitud se basa en los siguientes

HECHOS:

PRIMERO .- PRIMERO.-Mi representado, D./D^a, hijo de D. y de D^a, nació en el día de de, encontrándose su nacimiento inscrito en el Registro Civil de, al Tomo, Página, tal y como se acredita mediante certificación expedida por el encargado de dicho Registro, que se acompaña como Documento nº y DNI del mismo. Su identidad y persona coincide pues con la del declarado fallecido por el decreto de fecha de de, dictado por el Letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado.

SEGUNDO .- SEGUNDO.- Mi representado se encontraba, por razones laborales, en en fecha de de, cuando se produjo el tsunami que arrasó aquella zona y al que, por su gravedad, se dio un eco notable en los medios de comunicación. Tras dicho siniestro, no hubo noticias de mi representado en su ámbito cercano durante un plazo de meses (o años), lo que dio lugar a que, a instancias de su cónyuge (o lo que proceda), se declarase su fallecimiento por este Juzgado en el auto antes citado, dándose lugar a la apertura de su sucesión mortis causa conforme a lo establecido en el artículo 196 del Código civil.

TERCERO .- TERCERO.-Dado que mi representado está vivo, una vez confirmada su identidad y practicadas, en su caso, las pruebas que fueren propuestas por el Ministerio Fiscal y las partes, previa declaración de su pertinencia por el Juzgado, procede dejar sin efecto el auto de declaración de fallecimiento, con aplicación inmediata de lo dispuesto en el artículo 197 del Código Civil.

Son aplicables a los referidos hechos los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CUARTO .- PRIMERO. LEGITIMACIÓN. Es competente el Secretario judicial del Juzgado al que me dirijo, por haber sido el que ha tramitado la declaración de fallecimiento de mi representado.

QUINTO .- SEGUNDO. COMPETENCIA.-Es competente el Secretario judicial del Juzgado al que me dirijo, por haber sido el

que ha tramitado la declaración de fallecimiento de mi representado.

SEXTO .- TERCERO. PROCEDIMIENTO.-Debe seguirse en este asunto las normas sobre jurisdicción voluntaria contenidas en el art. 75 LJV.

SEPTIMO .- CUARTO. DERECHO SUSTANTIVO. Resulta aplicable el artículo 197 del Código civil.

OCTAVO .- QUINTO.-lura novit curia y cuantas normas resulten procedentes.

En virtud de lo expuesto,

SUPlico AL JUZGADO : Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y copia de todo ello lo admita, teniendo por solicitada por el Procurador que suscribe, en nombre y representación de D./D^a, la REVOCACIÓN del decreto dictado por el Letrado de la Administración de justicia de este Juzgado de fecha de de por el que se declara el fallecimiento de D./D^a y, previos los trámites legales oportunos, se deje sin efecto el mismo, ordenando en la misma resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 197 del Código civil, que se restituya a mi representado sus bienes en el estado en que se encuentren, y, en su caso, el precio de los que se hubieren vendido o los que se hayan subrogado en su lugar, así como los frutos y rentas de sus bienes desde el día de de, en que los poseedores de tales bienes tuvieron noticia de hallarse vivo mi representado o, en su defecto, desde la fecha en que se les dio traslado de este escrito o desde la fecha de la declaración de no haber muerto aquél.

OTROSÍ DIGO: Que por necesitar para otros usos la copia de escritura de poder para pleitos otorgada en favor de este Procurador que se presenta, solicito al Juzgado me sea devuelta tras dejar en autos testimonio de la misma.

En, a de de

Firma y número del Letrado	Firma del Procurador
----------------------------	----------------------

3. Formulario de acceso a las grabaciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas interceptadas.



Acceso a las grabaciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas interceptadas (Procedimiento sumario). FOR\2016\25

Don , Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de Don , según consta en el apoderamiento que obra en autos, comparezco en el Procedimiento Sumario nº que se tramita en ese Juzgado y como mejor proceda en Derecho digo:

En fecha , fue alzado el secreto de las actuaciones y expiró la vigencia de la medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas acordadas sobre mi mandante.

Por ello y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 588 ter.i) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta representación interesa la entrega por el Juzgado de una copia de las grabaciones y transcripciones realizadas en ejecución de tal medida.

En su virtud, puede servirse el Juzgado tener por hechas las manifestaciones contenidas en el presente escrito y acordar la práctica de las diligencias interesadas, dándose al procedimiento el curso legal que corresponda.

En , a de de

Firma del Procurador Firma del Abogado

4. Formulario de solicitud de transcripción judicial de las conversaciones telefónicas y telemáticas interceptadas.



Solicitud de transcripción judicial de las conversaciones telefónicas y telemáticas interceptadas. FOR\2016\15

Al Juzgado de Instrucción nº de

Don, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de Don, según consta en el apoderamiento que obra en autos, comparezco en el Procedimiento Sumario nº que se tramita en ese Juzgado y como mejor proceda en Derecho digo:

Que a la vista de los actos de investigación llevados a cabo hasta la fecha y cuya resultancia obra en autos, esta representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interesa la práctica de las siguientes diligencias:

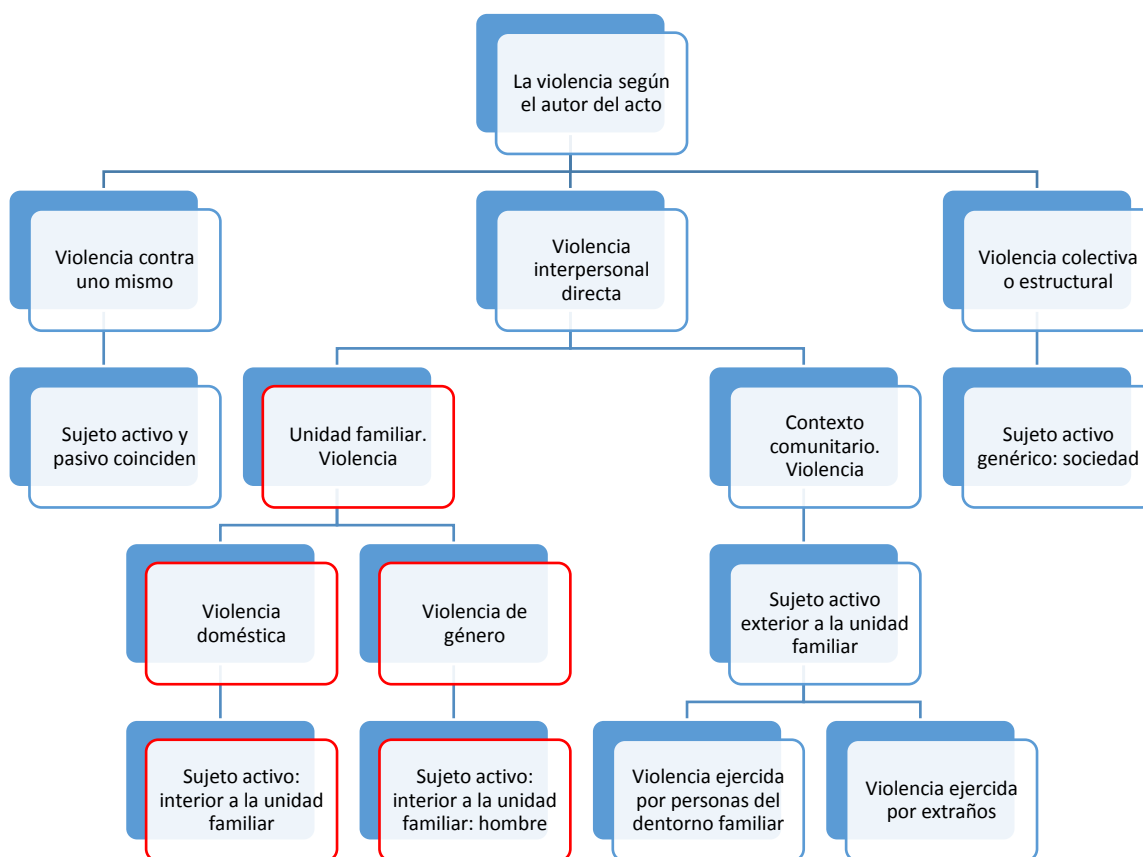
Como resultado de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas del encausado que ha sido efectuada por la Unidad Orgánica de Policía Judicial de en cumplimiento de lo dispuesto por el Juzgado instructor en su Auto de fecha, obra en autos, como pieza de convicción, el disco compacto/memoria USB en el que fueron registradas tales comunicaciones. Por ello, esta representación interesa que se convoque al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a una o varias comparecencias con el fin de proceder a la audición de dichas grabaciones y que de las mismas se levante la correspondiente transcripción documental que habrá de ser averada por el Secretario Judicial.

En su virtud, puede servirse el Juzgado tener por hechas las manifestaciones contenidas en el presente escrito y acordar la práctica de las diligencias interesadas, dándose al procedimiento el curso legal que corresponda.

En, a de de

Firma del Procurador Firma del Abogado

5. Clasificación de la violencia según el sujeto activo.¹⁸⁷



¹⁸⁷ García-Berrio Hernández, T.: *Medidas de protección de la mujer ante la violencia de género. Claves para la igualdad*. Madrid, Grupo Fusión, 2008. Pág. 41.

6. Medidas urgentes de coordinación 2006-2007.¹⁸⁸

Medidas de protección y seguridad a las víctimas	Incremento de efectivos de policía nacional y guardia civil dedicados a la prevención y lucha contra la Violencia de Género en todas las unidades especializadas de los SAM.
	Elaboración de un nuevo Protocolo común de Valoración de Riesgo para Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y políticas autonómicas : para concretar el conjunto de medidas de protección y vigilancia a adoptar en cada caso concreto, se tendrá en cuenta la situación de riesgo predecible de sufrir una nueva agresión en la que se encuentra la víctima.
	Nueva aplicación informática para el seguimiento de los casos de violencia : se establece una nueva base de datos común para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado con el objeto de mejorar la eficacia en la detección de las circunstancias que concurren en cada una de las mujeres con medidas de protección y alejamiento para evitar una nueva agresión.
	Creación de Unidades de Violencia contra la Mujer en las subdelegaciones del Gobierno , con el fin de coordinar toda la información y recursos existentes destinados a proteger a las mujeres en situación de riesgo y posibilitar así un seguimiento individualizado de cada uno de los casos.
	Difusión del servicio de Teleasistencia móvil a todas las mujeres víctimas de violencia de género a las que les ha sido acordada orden de alejamiento.
Medidas judiciales	Creación de 42 nuevos JVM exclusivos y ampliación de plantilla de Fiscales dedicados a violencia sobre la mujer.
	Especialización de Juzgados de lo Penal en materia de Violencia sobre la Mujer con el objeto de que cada

¹⁸⁸ En 2006 el Gobierno aprobó un conjunto de medidas urgentes de coordinación para reforzar las medidas ya existentes en el diseño original de la LOPIVG. García-Berrio Hernández, T.: *Medidas de protección de la mujer ante la violencia de género. Claves para la igualdad*. Madrid, Grupo Fusión, 2008. Pág. 223.

	provincia pueda contar con al menos un juzgado de los penal especializado en estas cuestiones.
	Creación de nuevas Unidades Forenses de valoración integral en todas las provincias españolas.
	Garantía de asistencia jurídica permanente y prestación del turno de oficio las 24 horas.
Medidas de sensibilización y atención a las víctimas de Violencia de Género	Establecimiento de un teléfono (016) único de información y atención a mujeres víctimas de violencia de género, con asistencia especializada las 24 horas del día.
	Puesta en funcionamiento de un Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la violencia de género , en el que se clarifican las condiciones en las que los médicos determinarán la sospecha de maltrato y la incluirán en la historia clínica de los pacientes.
Medidas de inhibición hacia los maltratadores	Aplicación en todo el territorio español de un modelo específico en los programas de intervención previstos por la LOPIVG dirigido a las personas condenadas por delitos relacionados con la Violencia de género en los casos de sustitución o suspensión de la pena privativa de libertad.
	Puesta en funcionamiento de un programa específico de seguimiento permanente de los agresores penados por delitos de Violencia de género a través de una serie de dispositivos de detección de proximidad del agresor a la víctima.
	Implantación a nivel nacional de los programas de rehabilitación a maltratadores en régimen abierto.
	Extensión a 22 nuevos centros penitenciarios de los programas de rehabilitación de maltratadores en régimen cerrado.
	Puesta en marcha de programas de colaboración con empresas privadas concertadas para la contratación de mujeres víctimas de Violencia de Género.
	Penas de inhabilitación para los empleados en la Función Pública que hayan sido condenados.

7. Modelo de solicitud de orden de protección.¹⁸⁹

MODELO DE SOLICITUD DE ORDEN DE PROTECCIÓN

FECHA:

HORA:

ORGANISMO RECEPTOR DE LA SOLICITUD

Nombre del organismo:

Dirección:

Teléfono:

Fax:

Correo electrónico:

Persona que recibe la solicitud (nombre o número de carnet profesional):

ASISTENCIA JURÍDICA

¿Tiene Vd. abogado/a que le asista? SÍ NO

En caso negativo, ¿desea contactar con el servicio de asistencia jurídica del Colegio de Abogados para recibir asesoramiento jurídico? SÍ NO

VÍCTIMA

Apellidos:

Nombre:

Lugar/Fecha de nacimiento:

Nacionalidad:

Sexo:

Nombre del padre:

Nombre de la madre:

¹⁸⁹ http://www.policia.es/org_central/seguridad_ciudadana/upap/upap_proteccion.html 11/05/2016.

Domicilio: ¹⁹⁰ ¿Desea que permanezca en secreto?	
Teléfonos contacto: ¹⁹¹ ¿Desea que permanezca en secreto?	
D.N.I. n°.	N.I.E. n°. o pasaporte n°.

SOLICITANTE QUE NO SEA VÍCTIMA

Apellidos:	Nombre:
Lugar/Fecha de nacimiento:	Nacionalidad:
Sexo:	
Nombre del padre:	Nombre de la madre:
Domicilio: ¿Desea que permanezca en secreto?	
Teléfonos contacto: ¿Desea que permanezca en secreto?	
D.N.I. n°.	N.I.E. n°. o pasaporte n°.
Relación que le une con la víctima	

PERSONA DENUNCIADA

Apellidos:	Nombre:
Lugar/Fecha de nacimiento:	Nacionalidad:
Sexo:	
Nombre del padre:	Nombre de la madre:

¹⁹⁰ En caso de que la víctima manifieste su deseo de abandonar el domicilio familiar, no se deberá hacer constar el nuevo domicilio al que se traslade, debiendo indicarse el domicilio actual en el que resida. Asimismo, el domicilio no debe ser necesariamente el propio, sino que puede ser cualquier otro que garantice que la persona puede ser citada ante la Policía o ante el Juzgado.

¹⁹¹ El teléfono no debe ser necesariamente el propio, sino que puede ser cualquier otro que garantice que la persona pueda ser citada ante la Policía o ante el Juzgado.

Domicilio conocido o posible	
Domicilio del centro de trabajo	
Teléfonos contacto conocidos o posibles	
Teléfono del centro de trabajo:	
D.N.I. n°.	N.I.E. n°. o pasaporte n°.

RELACIÓN VÍCTIMA-PERSONA DENUNCIADA

<p>¿Ha denunciado con anterioridad a la misma persona? SÍ NO</p> <p>En caso afirmativo, indique el número de denuncias.</p>
<p>¿Sabe si dicha persona tiene algún procedimiento judicial abierto por delito o falta?</p> <p style="text-align: center;">SÍ NO</p> <p>En caso afirmativo, indique, si lo conoce, el o los Juzgados que han intervenido y el número de procedimiento.</p>
<p>¿Qué relación de parentesco u otra tiene con la persona denunciada?</p>

SITUACIÓN FAMILIAR

<u>PERSONAS QUE CONVIVEN EN EL DOMICILIO</u>		
<u>Nombre y apellidos</u>	<u>Fecha nacimiento</u>	<u>Relación de parentesco</u>

DESCRIPCIÓN DE HECHOS DENUNCIADOS QUE FUNDAMENTAN LA ORDEN DE PROTECCIÓN

(Relación detallada y circunstanciada de los hechos)

<p>Hechos y motivos por los que solicita la Orden de Protección.¹⁹²</p> <p>Último hecho que fundamenta la solicitud.</p>

¹⁹² En caso de que la solicitud de orden de protección se presente ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, este apartado podrá ser sustituido por la toma de declaración de la persona denunciante en el seno del atestado.

¿Qué actos violentos han ocurrido con anterioridad, hayan sido o no denunciados, contra personas (víctima, familiares, menores u otras personas) o cosas?

¿Alguno ha tenido lugar en presencia de menores?

¿Existe alguna situación de riesgo para los menores, incluida la posibilidad de sustracción de sus hijos o hijas?

¿Tiene el agresor armas en casa o tiene acceso a las mismas por motivos de trabajo u otros?

¿Existen testigos de los hechos? (En caso afirmativo, indicar nombre, teléfono y domicilio).

¿Y otras pruebas que puedan corroborar sus manifestaciones? (Así por ejemplo, muebles rotos, líneas de teléfonos cortadas, objetos destrozados, mensajes grabados en contestadores de teléfono, mensajes en móviles, cartas, fotografías, documentos...)

¿En qué localidad han ocurrido los hechos?

ASISTENCIA MÉDICA

¿Ha lesionado /a o maltratado/a psicológicamente?¹⁹³

¿Ha sido asistido/a en algún Centro Médico? SÍ NO

Aporta la víctima parte facultativa u otros informes médicos o psicológicos? SÍ NO

En caso de no aportarlo, indicar centro médico y fecha de la asistencia, si ésta se ha producido.

¹⁹³ En caso afirmativo, únase una copia del parte como anejo de esta solicitud.

MEDIDAS QUE SE SOLICITAN:

MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN PENAL:

- En caso de convivencia en el mismo domicilio de la persona denunciada, ¿quiere continuar en el mencionado domicilio con sus hijos o hijas, si los/as hubiere?
SÍ NO
- ¿Quiere que la persona denunciada lo abandone para garantizar su seguridad?
SÍ NO
- ¿Quiere que se prohíba a la persona denunciada acercársele? SÍ NO
¿Y a sus hijos o hijas? SÍ NO
- ¿Desea que se prohíba a la persona denunciada que se comuniquen con Vd.? SÍ
NO
¿Y a sus hijos o hijas? SÍ NO

MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN CIVIL:¹⁹⁴

- ¿Solicita la atribución provisional del uso de la vivienda familiar ?
SÍ NO
- Régimen provisional de custodia, visitas, comunicación y estancia de los hijos o de las hijas
¿Tiene hijos o hijas menores comunes? SÍ NO
En caso afirmativo, indique número y edades.

¿Desea mantener la custodia de sus hijos o hijas? SÍ NO

¿Desea que su cónyuge/pareja tenga establecido un régimen de visitas en relación con sus hijos o hijas? SÍ NO
- Régimen provisional de prestación de alimentos.
¿Interesa el abono de alguna pensión con cargo a su cónyuge/pareja Vd. y/o sus hijos o hijas? SÍ NO
En caso afirmativo, ¿a favor de quiénes?

Si la respuesta anterior es afirmativa, ¿en qué cuantía valora las necesidades básicas de los /as precisados/as de dicha pensión?

En caso de riesgo de sustracción de menores, ¿quiere que se adopte alguna medida cautelar al respecto?

¹⁹⁴ Estas medidas sólo pueden ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el MF cuando existan hijos menores o incapaces y precisan para su establecimiento su petición expresa.

OTRAS MEDIDAS ¿se necesita obtener algún tipo de ayuda asistencial o social?

¿Tiene la víctima un trabajo remunerado?

SÍ NO

En caso afirmativo, indique la cantidad mensual aproximada que percibe, si la conoce.

¿Trabaja la persona denunciada?

SÍ NO

En caso afirmativo, indique la cantidad mensual aproximada que percibe, si la conoce.

¿Existen otros ingresos económicos en la familia?

SÍ NO

En caso afirmativo, indique la cantidad mensual aproximada, si la conoce.

SI LO DESEA, PUEDE INFORMARSE SOBRE EL SERVICIO TELFÓNICO DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN PARA VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO (ATENPRO) EN EL NÚMERO GRATUITO 900.22.22.92

JUZGADO AL QUE SE REMITE LA SOLICITUD:

A RELLENAR POR EL ORGANISMO EN EL QUE SE PRESENTA LA SOLICITUD

(Firma del o de la solicitante)

INSTRUCCIONES BÁSICAS

1. No resulta imprescindible contestar todas las preguntas, aunque sí es importante hacerlo.
2. Una vez cumplimentada esta solicitud, debe entregarse una copia a la persona solicitante. El original debe ser remitido al Juzgado de guardia de la localidad o, en su caso, al Juzgado de Violencia sobre la mujer, quedando otra copia en el organismo que recibe la solicitud.
3. Si la víctima aporta parte médico, denuncias anteriores u otros documentos de interés, serán unidos como anejos de la solicitud.

8. Instrucción nº 5/2008, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se modifica el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la LO 1/2004 y su comunicación a los Órganos Judiciales y al Ministerio Fiscal.¹⁹⁵

El 23 de julio de 2007 entró en vigor la Instrucción 10/2007, de esta Secretaría de Estado, por la que se aprueba el “Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y su comunicación a los Órganos Judiciales y al Ministerio Fiscal”, que fue modificada por la Instrucción 14/2007, de 10 de octubre, con la finalidad de conseguir una mayor eficacia en el proceso de revisión de las valoraciones de riesgo y su comunicación a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal, de acuerdo con la experiencia obtenida en su aplicación por los Cuerpos de Seguridad del Estado.

En esta línea de mejora y perfeccionamiento constante del sistema de valoración de riesgo, y tras realizar las correspondientes validaciones técnicas, resulta necesario modificar el Anexo de la Instrucción, para incorporar al Protocolo una nueva gradación del nivel de riesgo apreciado -el nivel de riesgo extremo- y adaptar las medidas policiales de protección a la nueva escala de riesgo.

En consecuencia, tengo a bien dictar las siguientes instrucciones:

PRIMERA.- Modificación del Anexo de la Instrucción 10/2007.

Se modifica el Anexo de la Instrucción 10/2007, que queda redactado con el formato que se adjunta a esta Instrucción.

SEGUNDA.- Entrada en vigor.

La presente Instrucción entrará en vigor el mismo día de su publicación.

Madrid, a 18 de julio de 2008

EL SECRETARIO DE ESTADO DE SEGURIDAD

Antonio Camacho Vizcaíno

SR. DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA Y DE LA GUARDIA CIVIL

“PROTOCOLO PARA LA VALORACIÓN POLICIAL DEL NIVEL DE RIESGO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN LOS SUPUESTOS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE”

Siempre que se tenga conocimiento de un episodio de violencia de género, la actividad policial se dirigirá a determinar:

- a) Los factores referidos a la violencia sufrida por la víctima.
- b) Las relaciones mantenidas con el agresor.
- c) Los antecedentes del propio agresor y su entorno.
- d) Las circunstancias familiares, sociales, económicas y laborales de la víctima y el agresor.

¹⁹⁵ <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/profesionalesInvestigacion/juridico/protocolos/home.htm>
17/05/2016.

e) La retirada de denuncias, la reanudación de la convivencia y la renuncia de la víctima al estatuto de protección concedido.

Esta información es imprescindible para poder concretar el nivel de riesgo de violencia y las medidas que hayan de adoptarse en cada caso para asegurar la protección.

La valoración de la situación de riesgo de violencia contra la mujer (Valoración Policial del Riesgo, VPR) y su evolución (Valoración Policial de la Evolución del Riesgo, VPER), se realizará empleando las herramientas y formularios normalizados aprobados al efecto por la Secretaría de Estado de Seguridad, y disponibles en el ‘Sistema de Seguimiento Integral de los casos de violencia de género’, al que los funcionarios actuantes pueden acceder a través de la INTRANET corporativa del Cuerpo de Seguridad correspondiente.

1. ESTIMACIÓN INICIAL DE LA SITUACIÓN DE RIESGO.

1.1. La primera evaluación de la situación de riesgo de violencia la realizará el funcionario o funcionarios que instruyan las diligencias y se ocupen de las investigaciones.

1.2. Se utilizará la herramienta del Sistema de Seguimiento Integral y el formulario de valoración normalizado (VPR).

1.3. El formulario se cumplimentará cuando se haya recopilado información suficiente y contrastada. Se cumplimentarán primero los apartados del formulario cuya respuesta ya aparezca con nitidez en el atestado, solicitando de los intervinientes sólo los detalles que falten.

1.4. Si la instrucción de diligencias se va a dilatar en el tiempo, se realizará una primera valoración tan pronto como se haya tomado declaración a la víctima (a efectos de activar medidas policiales de protección), y otra nueva valoración, una vez recopilada toda la información y finalizadas las diligencias del atestado.

1.5. El Sistema asignará automáticamente uno de los siguientes niveles: ‘no apreciado’, ‘bajo’, ‘medio’, ‘alto’ o ‘extremo’.

1.6. El resultado de la valoración se hará constar en la oportuna diligencia. En los casos en los que el riesgo sea ‘medio’, ‘alto’ o ‘extremo’, se recogerá también en la diligencia un informe sobre los principales factores de riesgo apreciados.

1.7. Cada uno de los niveles llevará aparejadas medidas policiales de protección – de acuerdo con el catálogo incluido en el ANEXO a este Protocolo–, de aplicación inmediata.

1.8. Si el nivel de riesgo es ‘medio’, ‘alto’ o ‘extremo’, se informará de ello a la víctima.

1.9. En todos los casos se informará a la víctima de las medidas policiales de protección acordadas.

1.10. Cuando de la evaluación del riesgo resulten medidas policiales que sobrepasen la capacidad de decisión operativa del evaluador, éste dispondrá la comunicación inmediata a quien tenga la capacidad de asignar los medios humanos y materiales necesarios al efecto.

1.11. Cuando la aplicación de las medidas policiales de protección corresponda a personal de Unidades o Plantillas diferentes de aquellas a las que pertenezcan quienes efectuaron la valoración, se les comunicará de inmediato todos los datos necesarios para que puedan llevar a cabo esta tarea.

2. ESTIMACIÓN DE LA EVOLUCION DEL NIVEL DE RIESGO.

2.1. Para mantener actualizada la evaluación del riesgo, los funcionarios o unidades encargadas de la protección de las víctimas llevarán a cabo periódicamente nuevas

valoraciones, realizando, de ser necesario, nuevas entrevistas con la víctima y personas de su entorno.

2.2. Cuando haya nueva información significativa sobre los factores valorado inicialmente, se realizará la nueva valoración utilizando el formulario VPR.

2.3. A continuación, se cumplimentará el formulario de Valoración Policial de la Evolución del Riesgo (VPER).

2.4. En todo caso, se adoptará como nivel de riesgo actual el resultante de la evaluación más reciente.

2.5. Se realizarán las siguientes valoraciones periódicas:

- Nivel ‘extremo’, cada setenta y dos horas.
- Nivel ‘alto’, cada siete días.
- Nivel ‘medio’, cada treinta días.
- Nivel ‘bajo’, cada sesenta días.

2.6. También se realizarán nuevas valoraciones en los siguientes casos:

- A solicitud de la Autoridad Judicial.
- A solicitud del Ministerio Fiscal.
- Cuando se conozcan cambios significativos en las circunstancias y/ o conducta de la víctima o del agresor.

2.7. El resultado de la valoración se hará constar en diligencia. En los casos en los que el nivel de riesgo sea ‘medio’, ‘alto’ o ‘extremo’, se recogerá también en la diligencia un informe sobre los principales factores de riesgo apreciados.

2.8. En caso de discrepancia entre las medidas de protección policial acordadas por el órgano judicial y las que resulten de la valoración de riesgo policial, se aplicarán siempre las acordadas por el órgano judicial y se informará de inmediato a la autoridad judicial de la discrepancia existente para que acuerde lo que proceda.

2.9. Cuando se estime, a través de los formularios de valoración y de evolución, que han desaparecido o que han remitido las circunstancias que ponían en riesgo a la víctima (nivel de ‘riesgo no apreciado’), se comunicará por diligencia a la Autoridad Judicial, informando sobre los factores determinantes de tal valoración.

3. ACTUACIÓN DE LAS UNIDADES ESPECIALIZADAS EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

Las unidades especializadas realizarán las siguientes actuaciones:

3.1. Evaluar el riesgo -de acuerdo con los puntos anteriores-, cuando les corresponda la instrucción o investigación de los hechos.

3.2. Velar por el adecuado cumplimiento de los protocolos de investigación y de valoración del riesgo por parte del personal no especializado de su área de competencia. Para ello, formarán a dicho personal y le asesorarán cuando sean requeridos para ello.

3.3. Analizar pormenorizadamente los procedimientos de valoración del riesgo y la puesta en práctica de las medidas de protección, siempre que se produzcan disfunciones y en todos los casos de violencia de género con resultado de muerte, a fin de detectar las circunstancias, factores y variables no tenidas en cuenta, para incorporarlas al sistema y mejorar su funcionamiento.

Los análisis realizados se remitirán urgentemente a la Secretaría de Estado de Seguridad.

4. COMUNICACIÓN A LOS ÓRGANOS JUDICIALES Y AL MINISTERIO FISCAL DE LAS ESTIMACIONES DE RIESGO Y SU EVOLUCIÓN.

Hasta que se produzca la aprobación, por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, de un Protocolo General destinado a facilitar las comunicaciones entre

los Cuerpos de Seguridad y los Órganos Judiciales y el Ministerio Fiscal en torno a las situaciones de riesgo sobre la mujer víctima de violencia de género y su evolución, los Cuerpos de Seguridad del Estado actuarán conforme a las siguientes normas:

4.1. Los funcionarios policiales responsables remitirán al órgano judicial y al Fiscal competentes las siguientes comunicaciones:

- La estimación inicial del nivel de riesgo junto con el informe sobre los principales factores de riesgo apreciados.
- Todas las estimaciones de la evolución del nivel de riesgo que se realicen periódicamente -en los plazos establecidos en el Protocolo-, siempre que la valoración realizada suponga una modificación, a mayor o a menor gravedad, de la última valoración de riesgo comunicada. Todas las valoraciones de riesgo comunicadas irán acompañadas de un informe sobre los principales factores de riesgo apreciados, entre los que se incluirán necesariamente, siempre que concurran, la retirada de denuncia/s previa/s, la renuncia a medidas de protección anteriores y la reanudación de la convivencia, en su caso .
- Todas y cada una de las estimaciones de la evolución del nivel de riesgo que se realicen a solicitud de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal, y las realizadas cuando se conozcan cambios significativos en las circunstancias y/ o conducta de la víctima o del agresor, junto con el informe sobre los principales factores de riesgo apreciados, entre los que incluirán necesariamente, siempre que concurran, la retirada de denuncia/s previa/s, la renuncia a las medidas de protección concedidas y la reanudación de la convivencia.
- Las discrepancias existentes entre las medidas de protección policial acordadas por el juez y las que resulten de la valoración de riesgo policial.
- Las revisiones de las valoraciones de riesgo anteriores a la entrada en vigor de este Protocolo, realizadas conforme a lo previsto en la instrucción quinta.

4.2. Las comunicaciones se realizarán - a la mayor brevedad y, en todo caso, dentro de las 24 horas siguientes a la valoración del riesgo- utilizando los medios telemáticos que permitan su transmisión urgente y segura, sin perjuicio de su remisión posterior a través de los medios ordinarios.

"NIVELES DE RIESGO ESTIMADO Y MEDIDAS POLICIALES DE PROTECCIÓN A ADOPTAR"

NOTA: LOS NIVELES DE RIESGO BAJO, MEDIO, ALTO Y EXTREMO CONLLEVARÁN, ADEMÁS DE SUS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICAS, LA APLICACIÓN DE LAS PREVISTAS PARA LOS NIVELES ANTERIORES QUE NO SE ENCUENTREN IMPLÍCITAS EN ELLAS.

Nivel de riesgo NO APRECIADO

Las mismas medidas, de tipo operativo y asistencial, que para cualquier otro ciudadano denunciante. Especialmente, información de derechos y de recursos que tiene a su disposición.

Nivel de riesgo BAJO

Obligatorias: facilitar a la víctima números de teléfono de contacto permanente (24 horas) con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad más próximas; contactos telefónicos esporádicos con la víctima; comunicación al agresor de que la víctima dispone de un servicio policial de protección; recomendaciones sobre autoprotección y modos de evitar incidentes; información precisa sobre el servicio de tele asistencia móvil.

Complementarias: contactos personales, esporádicos y discretos, con la víctima (acordar con ella la conveniencia de emplear o no uniforme y/o vehículos con distintivos); confección de una ficha con los datos relevantes de la víctima y del agresor, que llevará el personal de patrulla; acompañamiento al denunciado a recoger enseres en el domicilio, si la Autoridad Judicial acuerda su salida del mismo.

Nivel de riesgo MEDIO

Obligatorias: vigilancia ocasional y aleatoria en domicilio y lugar de trabajo de la víctima, así como en entrada/salida centros escolares de los hijos; acompañamiento a la víctima en actuaciones de carácter judicial, asistencial o administrativo, cuando se considere que puede existir algún tipo de riesgo para la propia víctima; procurar que se facilite a la víctima un terminal móvil (servicio tele asistencia); entrevista personal con la víctima por el responsable de su protección.

Complementarias: comprobación periódica del cumplimiento por el agresor de las medidas judiciales de protección; entrevista con personal de Servicios Asistenciales que atienden a la víctima /Puntos de Atención Municipal, para identificar otros modos efectivos de protección; traslado de la víctima para ingreso en un centro de acogida.

Nivel de riesgo ALTO

Obligatorias: vigilancia frecuente y aleatoria en domicilio y lugar de trabajo de la víctima, así como en entrada/salida centros escolares de los hijos; si no lo ha hecho, insistir a la víctima en su traslado a un centro de acogida o al domicilio de un familiar durante los primeros días, especialmente si no se ha procedido a la detención del autor; control esporádico de los movimientos del agresor.

Complementarias: contactos esporádicos con personas del entorno del agresor y de la víctima: vecinos, familia, trabajo, lugares de ocio,...: procurar que se faciliten dispositivos electrónicos para la vigilancia del agresor.

Nivel de riesgo EXTREMO

Obligatorias: vigilancia permanente de la víctima, hasta que las circunstancias del agresor dejen de ser una amenaza inminente; control intensivo de los movimientos del agresor, hasta que deje de ser una amenaza inminente para la víctima; en su caso, vigilancia en entrada/salida centros escolares de los hijos.

9. Protocolo de actuación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento en materia de violencia de género.¹⁹⁶

El artículo 64.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, prevé la posibilidad de que los órganos judiciales acuerden la utilización de instrumentos de tecnología adecuada para controlar el cumplimiento de las medidas de alejamiento impuestas con carácter cautelar en los procedimientos que se sigan por violencia de género.

El artículo 48.4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, permite la posibilidad de que los órganos judiciales acuerden que el control de las penas privativas de los derechos, incluidas aquellas que prohíben la aproximación a la víctima, se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan. Por su parte, el artículo 57.3 del Código Penal extiende esta posibilidad a las infracciones calificadas como faltas.

En su virtud, se pone en marcha el "Sistema de Seguimiento por Medios Telemáticos de las Medidas y Penas de Alejamiento en materia de Violencia de Género" (en adelante el Sistema), cuyo objetivo principal es mejorar la seguridad y protección de las víctimas y generar confianza para poder abordar su recuperación.

El Sistema permite verificar el cumplimiento de las medidas y penas de alejamiento impuestas en los procedimientos que se sigan por violencia de género en que se estime oportuno, de acuerdo con las pautas y reglas que, en su caso, haya establecido la Autoridad Judicial y de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo. De igual modo, el Sistema proporciona información actualizada y permanente de las incidencias que afecten al cumplimiento o incumplimiento de las medidas o penas, así como de las posibles incidencias, tanto accidentales como provocadas, en el funcionamiento de los elementos de vigilancia utilizados.

La mejora del contexto de seguridad por medio de este Sistema busca tres consecuencias básicas:

- Hacer efectivo el derecho de la víctima a su seguridad.
- Documentar el posible quebrantamiento de la medida o pena de alejamiento.
- Disuadir al agresor.

El presente Protocolo tiene por finalidad garantizar y homogeneizar la plena operatividad del Sistema, estableciendo pautas generales de actuación y comunicación de las personas que intervienen en estas situaciones, así como el conocimiento por éstas de su funcionamiento y

virtualidad, que facilite la adecuada intervención en cada supuesto concreto.

El Protocolo ha sido elaborado a propuesta de la Comisión de Seguimiento del Protocolo de Actuación para la implantación del Sistema de Seguimiento por Medios Telemáticos de las Medidas de Alejamiento en materia de violencia de género, y aprobado por el Comité Técnico de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial en su reunión de 13 de diciembre de 2011.

1. ACTUACIONES PARA LA INSTALACIÓN DE LOS EQUIPOS DE DETECCIÓN DE PROXIMIDAD.

1.1 Actuaciones previas a la instalación:

1.1.1. Características del Sistema

¹⁹⁶ <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/profesionalesInvestigacion/juridico/protocolos/home.htm>
17/05/2016

La tecnología en la que se basa el sistema en la actualidad aconseja tener en cuenta las siguientes cuestiones:

- ☐ Cada pareja de dispositivos que porta el inculcado/condenado únicamente puede asociarse a una víctima.
- ☐ La distancia de alejamiento aconsejable para que el sistema sea más eficaz debe ser, al menos, de 500 metros.
- ☐ El buen funcionamiento de los dispositivos precisa la necesaria colaboración tanto de la víctima como del inculcado/condenado.

En todo caso, el Centro de Control comunicará al órgano judicial cualquier factor que incida en la eficacia del sistema del que tenga conocimiento tanto con carácter previo a la instalación de los dispositivos como a lo largo del periodo en que se encuentren activos.

1.1.2. Resolución del órgano judicial acordando que la medida cautelar o pena de alejamiento impuesta sea controlada por el Sistema.

El Centro de Control dispondrá de un procedimiento para poder verificar en cualquier momento la disponibilidad de dispositivos.

1.1.3. Comunicación de la Resolución judicial que acuerde la imposición del dispositivo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: La Oficina Judicial comunicará la Resolución, con carácter inmediato y dentro del plazo máximo de 24 horas, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad territorialmente competentes y a los puntos de recepción centralizada designados en cada territorio, por vía telemática o por fax, debiendo quedar constancia de su recepción.

1.1.4. Comunicación de la Resolución judicial que acuerde la imposición del dispositivo al Centro de Control: La Oficina Judicial comunicará de forma inmediata al Centro de Control la resolución que hubiere acordado la implantación del Sistema de Seguimiento, debiendo acusar recibo de la resolución y de su contenido.

En la comunicación de la resolución judicial que se remita al Centro de Control, será necesario hacer constar, para proceder a la instalación, la siguiente información, tanto del inculcado/condenado como de la víctima: NIF/DNI o pasaporte, nombre y apellidos completos, dirección postal de residencia, teléfonos de contacto así como la distancia y las zonas de alejamiento.

El Centro de Control deberá dar de alta en el Sistema los datos de la víctima y del inculcado o condenado, así como del cuerpo policial responsable de la protección de la víctima y del período estipulado de vigencia de la medida o pena de alejamiento y, en su caso, del seguimiento por medios telemáticos, de acuerdo con la información proporcionada por el órgano judicial.

Recibido el aviso anterior, el Centro de Control procederá inmediatamente a la preparación de los correspondientes equipos a instalar.

A continuación, el Centro de Control establecerá contacto personal con la víctima, acordará el momento y el lugar de la instalación del dispositivo para la víctima (DLV), le solicitará información sobre otras personas de contacto (familiares, etc.), y le aclarará cualquier duda sobre el funcionamiento del sistema.

En caso de ser necesario para el seguimiento de la medida o pena de alejamiento, el Centro de Control recabará otros datos complementarios del cuerpo policial responsable de la protección de la víctima.

1. 2 Instalación de los equipos de detección de proximidad.

1.2.1. En el plazo máximo de 24 horas desde que el Centro de Control reciba la comunicación de la resolución que acuerde la utilización del sistema de detección de proximidad, el personal de la empresa instaladora procederá a la instalación y entrega del correspondiente equipo a la víctima, le explicará su funcionamiento y normas

básicas para su mantenimiento, y le entregará la guía de uso y mantenimiento de los equipos.

Siempre se facilitará el DLV a la usuaria con carácter previo a la instalación del dispositivo para el inculcado o condenado (DLI).

El DLV se entregará preferentemente en el domicilio de la usuaria. Si esto no fuese posible, se hará en sede judicial o en la dependencia policial más próxima a su domicilio, atendiendo en la medida de lo posible a las sugerencias de la usuaria.

La usuaria dejará constancia por escrito de que le han facilitado el DLV, la guía de uso, que le ha sido explicado su funcionamiento y normas básicas de mantenimiento, que las ha comprendido y que presta su consentimiento a los efectos previstos en la normativa de protección de datos personales.

1.2.2. La colocación del DLI al inculcado o condenado se realizará en sede judicial, una vez que le haya sido notificada y en el plazo acordado por la autoridad judicial. En el mismo lugar comparecerá el personal de la empresa instaladora para proceder a su colocación, a tal efecto, el órgano judicial comunicará al Centro de Control la fecha y hora previstas para la instalación del DLI.

El inculcado o condenado dejará constancia por escrito de que le han facilitado el DLI, la guía de uso y que le ha sido explicado su funcionamiento y normas básicas de mantenimiento y que las ha comprendido.

1.2.3. Realizadas las actuaciones anteriores, el Centro de Control comunicará inmediatamente al cuerpo policial responsable de la protección de la víctima, por vía telemática o por fax, la instalación del sistema, adjuntando copia firmada de la explicación y comprensión del DLV por la víctima y del DLI por el inculcado o condenado.

1.3. Duración del control en penas de alejamiento:

En los supuestos en que la instalación se haya acordado para el control en penas de alejamiento, transcurridos ocho meses desde la instalación, el Centro de Control comunicará al órgano judicial que acordó la instalación el plazo de tiempo transcurrido desde la misma, entendiéndose que se mantiene en defecto de resolución expresa en contrario por parte de la Autoridad Judicial. Dicha comunicación se reiterará cada 8 meses.

2. GESTIÓN DE AVISOS.

Los avisos que genera el sistema son de dos tipos: alarma y alerta, graduados de mayor a menor riesgo.

2.1 Alarmas:

2.1.1 Incidencia técnica grave: toda incidencia que afecte a cualquiera de los componentes del sistema y suponga el cese de su funcionamiento.

2.1.2 Entrada del inculcado o condenado en zona de exclusión.

2.1.3 Aproximación a la víctima y a la zona de exclusión con pérdida de cobertura del sistema de localización.

2.1.1. Incidencia técnica grave

Comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

El Centro de Control comunicará la incidencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad territorialmente competentes a través de los teléfonos facilitados al efecto (091, 062 y los que correspondan a las policías autonómicas).

El operativo policial de protección se activará siempre que sea necesario y, en todo caso, cuando se produzca la rotura del brazalete, la extracción del mismo sin ruptura o la descarga de la batería del DLI.

Cuando la resolución de la incidencia requiera un encuentro con el inculcado o condenado, el Centro de Control se pondrá en contacto con la unidad policial competente para determinar si es necesario que aquél se desplace a una dependencia policial para la solución de la incidencia. En tal caso, el Centro de Control comunicará al inculcado o condenado a qué dependencia deberá dirigirse.

Si el inculcado o condenado se negara a colaborar en la resolución de la incidencia, la unidad policial competente lo comunicará de inmediato al órgano judicial que acordó el seguimiento por medios telemáticos o, en su defecto, al juzgado de guardia activando en todo caso las medidas policiales de protección que correspondan.

Comunicación a la víctima

El Centro de Control informará a la usuaria sobre el fallo del sistema y que se ha puesto en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, salvo en aquellos supuestos en que la incidencia se restaure en el transcurso de la comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Una vez resuelta la incidencia, el Centro de Control lo pondrá en conocimiento de la víctima y, en el caso de que la incidencia se hubiera comunicado a otras instancias, también pondrá en conocimiento de éstas su resolución.

2.1.2. Entrada del inculcado o condenado en zona de exclusión

Comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

El Centro de Control comunicará la incidencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad territorialmente competentes a través de los teléfonos facilitados al efecto (091, 062 y los que correspondan a las policías autonómicas).

El Centro de Control mantendrá comunicación permanente con la Unidad policial competente con la finalidad de facilitarle la localización del inculcado o condenado y de la víctima.

Se activará inmediatamente el operativo policial de protección.

Comunicación a la víctima

El Centro de Control contactará con la usuaria para conocer su estado y localización y facilitarle las orientaciones adecuadas a su situación, sin perjuicio de la información sobre autoprotección que la unidad policial competente deba facilitarle directamente.

Con vistas a poder facilitar a la usuaria las orientaciones adecuadas, la Unidad policial competente informará al Centro de Control sobre la situación del inculcado/condenado.

2.1.3. Aproximación a la víctima y a la zona de exclusión con pérdida de cobertura del sistema de localización

En los casos de pérdida temporal de cobertura del sistema de localización, cuando las circunstancias concretas de la situación lo aconsejen, el Centro de Control comunicará la incidencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad territorialmente competentes a través de los teléfonos facilitados al efecto (091, 062 y los que correspondan a las policías autonómicas).

Tan pronto como se recupere la cobertura, el Centro de Control comunicará con carácter inmediato a las mismas unidades policiales la localización de la víctima y del inculcado o condenado.

2.2. Alertas:

2.2.1. Incidencia técnica leve: toda incidencia que afecte a cualquiera de los componentes del sistema que suponga un funcionamiento anormal del sistema, pero no su interrupción.

2.2.2. Aproximación del inculcado o condenado a la zona de exclusión.

El Centro de Control comunicará con el inculcado o condenado cuando la aproximación de éste a la zona de exclusión sea tal, que se presuma una inminente entrada en la misma, con la finalidad de evitarla.

Si llega a producirse la entrada, la situación pasará a calificarse de alarma y se procederá de conformidad con lo previsto en el apartado 2.1.2.

2.2.3. Presión del botón de pánico por parte de la víctima

El Centro de Control se pondrá en contacto con la usuaria para verificar si se trata de una llamada accidental u obedece a una situación de peligro.

Tanto si no se logra la comunicación como si se constata que se encuentra en una situación de peligro, se actuará de conformidad con lo previsto para los casos de alarma en el apartado 2.1.2.

2.3. Disposiciones comunes a todo tipo de alarmas:

Cuando se produzca una alarma, el Centro de Control elaborará un informe que será remitido a la unidad policial responsable de la protección de la víctima, a la Autoridad Judicial y al Ministerio Fiscal. Cuando la alarma se haya producido como consecuencia de la entrada del inculcado o condenado en la zona de exclusión, el Centro de Control remitirá también el informe al punto de contacto policial que se establezca, a nivel provincial, para su remisión a la unidad que instruya atestado por el posible quebrantamiento de la medida o pena de alejamiento.

3. CESE DE LA MEDIDA DE SEGUIMIENTO Y RETIRADA DEL DISPOSITIVO DE CONTROL TECNOLÓGICO.

3.1 La Resolución judicial que acuerde la desinstalación de los dispositivos se comunicará por la Oficina Judicial, con carácter inmediato y dentro del plazo máximo de 24 horas, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad territorialmente competentes y a los puntos de recepción centralizada designados en cada territorio, por vía telemática o por fax debiendo quedar constancia de su recepción.

3.2. La Oficina Judicial comunicará de forma inmediata al Centro de Control la resolución que hubiere acordado el cese del seguimiento, debiendo acusar recibo de la resolución y de su contenido

3.3 Una vez recibida dicha comunicación, el personal de la empresa instaladora procederá a la retirada del dispositivo implantado, de acuerdo con lo señalado por el órgano judicial.

3.4. La retirada del dispositivo al inculcado o condenado se realizará en sede judicial. En el caso de la víctima, se realizará en su domicilio, en sede judicial o en la dependencia policial más próxima a su domicilio, atendiendo en la medida de lo posible a las sugerencias de la usuaria.

3.5. Una vez retirado el dispositivo, el Centro de Control lo comunicará inmediatamente a la autoridad judicial y a la unidad policial responsable de la protección a la víctima.

4. RETIRADA TEMPORAL DEL DISPOSITIVO DE CONTROL TECNOLÓGICO.

4.1. La retirada temporal del dispositivo por razones médicas, de seguridad, y de ingreso en prisión o en el calabozo, será acordada por la autoridad judicial y se realizará por el personal de la empresa instaladora de conformidad con lo dispuesto en la resolución que la autorice. Para su posterior instalación, se procederá igualmente conforme a lo que resuelva la autoridad judicial.

4.2. En los supuestos anteriores, cuando concurren razones de urgencia que obliguen a la retirada inmediata del dispositivo, la unidad policial que intervenga o tenga conocimiento del hecho comunicará, a la mayor brevedad, al juzgado que dictó la medida, la retirada del dispositivo y el motivo de la misma, e informará de ello al centro de control. Cuando cesen las razones que motivaron su retirada, la unidad policial

competente lo comunicará al juzgado que dictó la medida o, en su defecto, al juzgado de guardia, para que acuerde lo que proceda. Si se acordara la reinstalación del dispositivo, el juzgado lo comunicará al Centro de Control que, en el plazo máximo de 24 horas desde que reciba dicha comunicación, procederá a la instalación del correspondiente equipo.

4.3 En todo caso, el cuerpo policial competente adoptará las medidas necesarias para la protección de la víctima.

10. Correo electrónico Subdirectora Oficina Caixabank: disponibilidad sobre cuenta bancaria.

